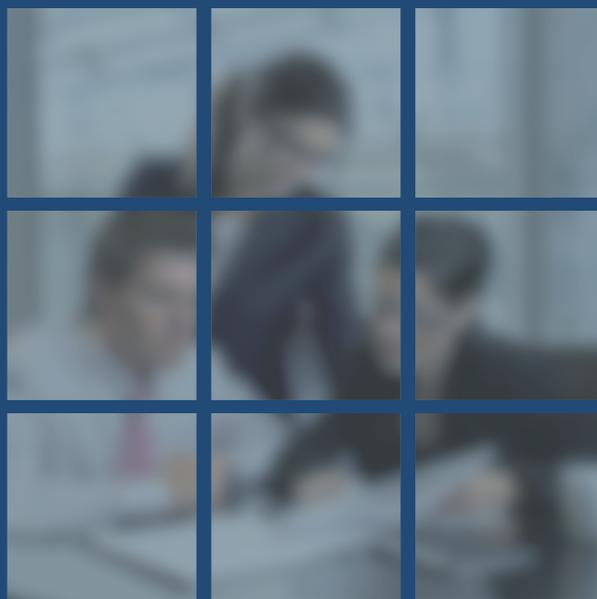


JOHNNY MÁLLAP RIVERA

COMENTARIOS AL RÉGIMEN NORMATIVO MUNICIPAL

Comentarios, artículo por artículo,
a la Ley Orgánica de Municipalidades
y a la Ley de Bases de Descentralización



Estudio preliminar • Base Legal • Comentarios
Concordancias • Referencias Jurisprudenciales
Referencias doctrinarias

JOHNNY MÁLLAP RIVERA

COMENTARIOS AL
RÉGIMEN NORMATIVO
MUNICIPAL

Comentarios, artículo por artículo,
a la Ley Orgánica de Municipalidades
y a la Ley de Bases de la Descentralización

Estudio preliminar • Base legal • Comentarios
Concordancias • Referencias jurisprudenciales
Referencias doctrinarias

GACETA
JURIDICA

AV. ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES

☎ (01) 710-8900 / TELEFAX: (01) 241-2323

www.gacetajuridica.com.pe

*Para Patricia, Ana Paula
y José Alejandro*

Mi sincero agradecimiento a tres jóvenes abogados: Diana Katherine Saldaña Pereyra, María Verónica Azahuanche Gonzáles y Roberto Javier Martínez Soles, por su apoyo profesional y por dar muestras permanentes de esa escasa virtud de ser amigos siempre, sobre todo en los malos momentos.

PRESENTACIÓN

Mientras preparaba el presente trabajo, mi hijo de siete años se me acercó, leyó la carátula de uno de los libros que estaban sobre el escritorio y me interrogó: “Papá, ¿para qué sirve el municipio?”. Era una de aquellas preguntas de las que uno presume que sabe la respuesta, hasta que nos la plantean. Le dije a José Alejandro un par de cosas para salir del paso, él regresó a sus juegos y yo me quedé pensativo sin tener realmente una respuesta satisfactoria.

Creo que las municipalidades sirven para mejorar la vida cotidiana de la gente y allí radica sustancialmente su importancia. Las competencias municipales están relacionadas con los ciudadanos desde su nacimiento hasta su muerte. Las normas que emite el legislador nacional sobre aspectos municipales, así como los actos que adoptan el alcalde, los regidores, los funcionarios y los servidores administrativos inciden en la calidad de vida de cada uno de los pobladores de su jurisdicción. Así de importantes son; importancia que se acrecienta por ser la vida en comunidad nuestra naturaleza intrínseca. Con razón Aristóteles, en su *Política* (Libro 1,1), enseñaba que el que sea incapaz de entrar en esta participación común, o que a causa de su propia suficiencia, no necesite de ella, no es más parte de la ciudad, sino que es una bestia o un dios. Ni dioses ni bestias, vivimos en municipios y todo lo concerniente a estos nos afecta.

En este marco, este libro analiza exegéticamente la Ley Orgánica de Municipalidades (Ley N° 27972) y la parte concerniente a los gobiernos locales de la Ley de Bases de la Descentralización (Ley N° 27783). Brindar pautas para un mejor entendimiento y aplicación de la norma municipal, ayudar a autoridades, funcionarios y servidores administrativos en su tarea diaria, es su principal finalidad.

Otro objetivo del presente trabajo, que se inscribe dentro del contexto de la descentralización (como herramienta de democratización y crecimiento), es superar la visión mayoritaria que se tiene del municipio como entidad encargada exclusivamente de los servicios y ornato públicos, buscando acrecentar la capacidad que tienen estas entidades de promover

el desarrollo integral para viabilizar el crecimiento económico, la justicia social y la sostenibilidad ambiental.

En el Perú de los últimos años, las municipalidades –en su gran mayoría– han crecido en obras de infraestructura, pero sin que estas se articulen con un planeamiento estratégico de desarrollo local, regional y nacional. Lograr que las municipalidades se conviertan en agentes de desarrollo local, como tarea permanente hacia el futuro, junto con la repotenciación de una participación ciudadana saludable (a diferencia de aquella que solo busca la confrontación política), debe ser la clave para el éxito de una gestión municipal.

La Ley Orgánica de Municipalidades (Ley N° 27972) nació con el espíritu de coadyuvar el proceso de descentralización, dotando de mayor capacidad y competencias a los municipios en aplicación del principio de subsidiariedad, así como las relaciones de cooperación y coordinación entre los distintos niveles de gobierno, la participación de la sociedad civil individual y organizada, la transferencia de funciones a los gobiernos locales, el incremento de la financiación y su capacidad económica, sin la cual no podemos hablar de verdadera autonomía local.

Bajo estos presupuestos normativos se busca que los gobiernos locales puedan desarrollar sistemas eficaces y eficientes de servicios públicos, de calidad del gasto y, lo que es más importante, liderazgo en la búsqueda del desarrollo equilibrado y homogéneo de sus circunscripciones. Podemos afirmar que el tiempo transcurrido desde su publicación en el año 2003, nos han confirmado que –pese a los vacíos e incoherencias que dejamos precisados en el texto– estamos frente a una ley que abre muchas posibilidades para un manejo eficiente de las ciudades, que en última instancia significa dotar a las autoridades de una mayor capacidad de respuesta ante los problemas y demandas de los ciudadanos.

Necesitamos de una ley que cada día se conozca más, como un camino ineludible para contar con municipios sólidos.

Octubre de 2013

Johnny MÁLLAP RIVERA

INTRODUCCIÓN

Apuntes para el estudio del régimen normativo municipal

1. Importancia del municipio y terminología

La importancia del municipio radica en que su formación histórica está ligada al desarrollo de los pueblos y, en consecuencia, constituye una institución básica de la democracia, entendida esta como participación de las mayorías. Esta característica hace que el municipio trascienda el tema coyuntural o de inmediatez política.

Existen tres términos que son usados de forma muy frecuente como sinónimos en diversos estudios, normas y documentos sobre temas locales, aunque con propiedad son vocablos con definiciones distintas. Los términos son municipio, municipalidad y gobiernos locales.

Municipio es la entidad social integrada por tres elementos inseparables como la población, el territorio y el poder municipal (capacidad de autogobierno).

Municipalidad es la institución que en representación del municipio cumple la función de gobierno y administración, con la finalidad de lograr el desarrollo de su circunscripción y satisfacer las necesidades elementales de los vecinos.

Gobierno local es la autoridad que ejerce la función normativa y ejecutiva del municipio, integrada por el Concejo Municipal (alcalde y regidores) y el alcalde.

2. Delimitación conceptual del municipio. Elementos constitutivos

No puede concebirse un municipio sin la concurrencia de una población, asentada en un territorio determinado y con una autoridad común a todos sus habitantes.

La población es el conjunto de personas que habitan dentro de los límites del municipio y se halla sometido a las mismas autoridades locales. Este último aspecto de carácter jurídico –el sometimiento a un poder común– reemplaza a la vecindad, que caracterizaba a las urbes nacientes del municipio, como consecuencia de la explosión creciente de las grandes ciudades modernas. Sin embargo, conviene acotar que en nuestro país, el espíritu de vecindad aún se mantiene en algunos pueblos pequeños, que forman las municipalidades de centros poblados. En cuanto al territorio, hay absoluta coincidencia en la doctrina de considerar al municipio una entidad territorial, en la medida que sin territorio no puede haber municipio. De allí que se ha sostenido, con mucha razón, que el territorio es para el municipio –como para el Estado– un elemento constitutivo. El municipio, además, debe contar con una autoridad común a todos sus habitantes, un poder municipal que tiene como objetivo la prestación de los servicios y el desarrollo económico de su jurisdicción.

Pero adicionalmente a los elementos antes señalados, el municipio debe tener un vínculo de subordinación con respecto al Estado, porque un municipio independiente de todo Estado no sería un municipio sino un Estado, porque faltaría el vínculo de subordinación que le es característico. De esta circunstancia emerge el problema fundamental del municipio –de permanente presencia histórica y tan necesario a su subsistencia– que es lograr un equilibrio entre sus aspiraciones a una real autonomía y la tendencia centralizadora del Estado, que procura acrecentar la subordinación municipal. Equilibrio que, por lo demás, define su naturaleza jurídica, a tenor de los arts. 43 y 189 de la Constitución Política del Perú: “La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes”, y “El territorio de la República se divide en regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se ejerce el gobierno unitario de manera descentralizada y desconcentrada”; disposiciones que han sido recogidas en el art. V del Título Preliminar de nuestra Ley Orgánica de Municipalidades - Ley N° 27972, en los siguientes términos: “La estructura, organización y funciones específicas de los gobiernos locales se cimientan en una visión de Estado democrático, unitario, descentralizado y desconcentrado, con la finalidad de lograr el desarrollo sostenible del país”.

De todo lo expuesto, podemos conceptualizar jurídicamente al municipio como una persona de Derecho Público constituida por una comunidad humana asentada en un territorio determinado, que administra sus propios intereses a través de una autoridad libre y democráticamente elegida, con

el objetivo de lograr su desarrollo integral en el marco de la Constitución y las leyes del Estado del cual depende.

3. Autonomía del municipio

Si quisiéramos resaltar la importancia de la autonomía en el ámbito municipal, nada más preciso y hermoso que el pensamiento de Laboulaye:

“Buscad en la historia los países que han hecho grandes cosas y son la gloria de la civilización, Atenas, Roma, Venecia, Florencia, Flandes, Holanda, Suiza, los Estados Unidos, Inglaterra, todos han sido países municipales donde la comuna abandonada a sí misma ha tenido siempre la posibilidad de arruinarse; buscad ahora los Estados que a pesar de su grandeza aparente se han hundido, sin poder levantarse de su decadencia: el Egipto, el Imperio Romano, Bizancio, la China, gobiernos sin vida municipal, estados centralizados. O la experiencia engaña o es necesario volver a la libertad”⁽¹⁾.

Es conveniente precisar el término autonomía diferenciándolo del de soberanía, que tiene un alcance mayor. “Debe entenderse –precisa Bernaldes⁽²⁾– que el concepto de autonomía es más bien restringido, limitado a ciertos ámbitos competenciales; la autonomía absoluta, por el contrario, es sinónimo de soberanía, que es atributo exclusivo del Estado. La autonomía, por lo demás, no debe entenderse solo en su acepción común, como la atribución de darse sus propias normas y su propia organización, sino la de poseer aquellas facultades indispensables para mantener su personalidad frente a los poderes políticos superiores, como la elección de sus autoridades, la administración de sus intereses y la autosuficiencia financiera”.

La doctrina ha determinado cuatro componentes básicos que definen la autonomía municipal, ninguno de los cuales puede ser suprimido sin perjuicio de la integridad de dicho poder. Estos son:

- a) Elección de sus propias autoridades y potestad normativa para producir legislación municipal (autonomía política).
- b) Organización de los servicios públicos locales y prestación de tales servicios (autonomía administrativa).
- c) Creación de rentas e inversión de estas (autonomía financiera).

(1) Citado por ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Derecho Municipal*. Eddili, Lima, 1985, p. 117.

(2) BERNALDES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993: Análisis comparado*. Constitución y Sociedad, 1996, p. 691.

- d) Garantía de que solo judicialmente podrán impugnarse resoluciones y demás actos de sus autoridades realizadas en el ejercicio de sus funciones que a estas le son propias (garantía judicial de la autonomía).

El municipalismo en América Latina ha buscado afianzar la autonomía municipal introduciendo sus bases en la Constitución, lo ha considerado como el único medio idóneo para darle estabilidad y asegurarle garantías efectivas. Ya en la I Convención Nacional Municipalista, realizada en México D. F. en setiembre de 1990, se declaró:

“Para que el municipio sea el verdadero órgano del poder popular y el cimiento en que descansa el orden político fundado en el consenso del pueblo, es preciso que sea realmente autónomo y democrático. Si la comunidad de los ciudadanos que se integran en el municipio no es libre, ni puede autogobernarse, no solo no habrá democracia en el ámbito local, tampoco será posible a nivel nacional”.

Basados en nuestra experiencia histórica, un complemento obligado a las disposiciones constitucionales es el sistema de garantías que aseguran el ejercicio de tales disposiciones e impiden la injerencia de las autoridades del Gobierno central en materias de competencia municipal, lo que se conoce en la doctrina como la **garantía institucional de la autonomía municipal**.

El Tribunal Constitucional define a esta institución en los términos siguientes: “[La Constitución Política del Perú] reconoce la **garantía institucional de la autonomía municipal**, en tres aspectos concretos: política, económica y administrativa. Se trata pues, de una garantía que el constituyente ha querido preservar para las municipalidades, confiriéndole protección constitucional contra su supresión y vaciamiento de sustancia, al limitar la intervención de los órganos legislativo y ejecutivo en la regulación de los asuntos públicos que son de su competencia. Como toda garantía institucional, la autonomía municipal es susceptible de ser objeto, en virtud de una ley, de desarrollo, regulación y limitaciones en su contenido, siempre que ellos se realicen dentro de los límites del orden competencial que la Constitución prevé y en respeto del contenido esencial de la institución, que no puede ser alterado”⁽³⁾. La Ley Orgánica de Municipalidades regula similar protección a la autonomía municipal, en su art. 75, que establece: “Ninguna persona o autoridad puede ejercer las funciones específicas que

(3) Cfr. STC Exp. N° 001-1996-I/TC.

son de competencia municipal exclusiva. Su ejercicio constituye usurpación de funciones. Las normas municipales en las materias establecidas en la presente ley, que estén en concordancia con las normas técnicas de carácter nacional, son de cumplimiento obligatorio por los ciudadanos y las autoridades nacionales y regionales respectivas. Solo por ley expresa y con las mismas formalidades exigidas para la aprobación de la presente ley, se establecen regímenes especiales transitorios por los cuales otros organismos públicos pueden ejercer competencias que son exclusivas de las municipalidades. El régimen especial transitorio debe tener un plazo determinado. Las municipalidades están obligadas a informar y realizar coordinaciones con las entidades con las que compartan competencias y funciones, antes de ejercerlas”.

4. El Derecho Municipal: contenido, autonomía e importancia

Para estudiar el Derecho Municipal es preciso determinar su contenido, autonomía e importancia. Para Alzamora Valdez, el Derecho Municipal es una rama del Derecho Público que trata de los preceptos jurídicos que rigen la estructura y los fines de esa forma de sociedad humana que se denomina municipio, de los órganos que lo gobiernan, de los poderes que les corresponden y de las atribuciones que ejercen para realizar los servicios públicos que demandan el bienestar común. A esta definición clásica, se incluyen otros temas no menos importantes, como la historia del municipio, la ciudad (su desarrollo y el fenómeno de la urbanización), la autonomía municipal, las relaciones entre el municipio y el Estado, la democracia municipal, los agentes municipales y sus funciones, el urbanismo, los bienes y rentas municipales, el presupuesto municipal y los lineamientos de un Derecho Municipal comparado en busca de instituciones y de caracteres comunes⁽⁴⁾.

La doctrina contemporánea, sin mengua de la amplitud conceptual a la que hemos hecho referencia, sostiene que el tratamiento del contenido del Derecho Municipal debe seguir a un replanteo del concepto de “ciudad”, en razón de que la evolución conceptual de nuestra disciplina se halla claramente condicionada al factor urbanismo. Es que, innegablemente, esa relación de Derecho y municipio, entre vida comunal y norma jurídica, ha de seguir un ciclo evolutivo, condicionado en mayor o menor grado por el dinamismo del desarrollo urbano actual.

Ya Alcides Greca había puesto de manifiesto como elemento sustancial en la definición del Derecho Municipal el análisis de la diferencia

(4) ALZAMORA VALDEZ, Mario. Ob. cit., pp. 9 y 10.

entre lo que representaba la urbe antigua y la significación cívica de la actual ciudad:

“La vida moderna, con su técnica, ha provocado una modificación fundamental en las instituciones locales. (...) Pese a nuestra predilección por la materia, debemos reconocer que el principio de la autonomía municipal ha debido ceder ante exigencias de orden superior. Los progresos de la ciencia, la intensidad de las comunicaciones, la organización, cada vez más amplia, de nuevos servicios públicos, y los angustiosos y permanentes problemas del urbanismo, han cambiado las orientaciones del gobierno local. La ciudad moderna actúa dentro del organismo nacional como la célula en el organismo humano. Su funcionamiento autónomo, individual, está subordinado a leyes generales permanentes de un todo orgánico, a la que debe someterse a riesgo de desaparecer”⁽⁵⁾.

En la actualidad, es mucho mayor la importancia del gobierno local en la administración y conducción de la ciudad (en términos generales, de todo conglomerado humano organizado en torno a una municipalidad), en la medida que el futuro de las ciudades recobran mayor trascendencia para el desarrollo integral del país, como lo determina el art. I del Título Preliminar de la Ley N° 27972 - Ley Orgánica de Municipalidades, que señala que “los gobiernos locales son entidades básicas de la organización territorial del Estado y canales inmediatos de participación vecinal en los asuntos públicos” concordante con su art. V que señala como finalidad de los gobiernos locales que “representan al vecindario, promueven la adecuada prestación de los servicios públicos locales y el desarrollo integral, sostenible y armónico de sus circunscripciones”.

Partiendo de lo que se viene exponiendo, se comprende que aquellos tratadistas que estudian al municipio como parte de la estructura política de un país han de considerar que el Derecho Municipal constituye una rama del Derecho Constitucional. Por su parte, aquellos que inciden en la naturaleza descentralizada del municipio, a su calidad de núcleo político-económico, el Derecho Municipal si bien sería una disciplina importante, carecería de autonomía orgánica y sería, en realidad, una rama del Derecho Administrativo, es decir, Derecho Administrativo Municipal, o sea, el conjunto de preceptos y principios del Derecho Administrativo general aplicados en la

(5) GRECA, Alcides. *Derecho y ciencia de la administración municipal*. Vol. II. Imprenta de la Universidad. Santa Fe, 1943.

esfera local⁽⁶⁾. Por el contrario, quienes consideran como objeto central de estudio la ciudad moderna, sus necesidades y problemas que nacen de su propia configuración geográfica y social, han de encontrar netamente perfilados los elementos orgánicos de un Derecho Municipal autónomo.

Entonces –sobre la base de esta última postura– surge clara y precisa la conocida definición de Derecho Municipal de Korn Villafañe, firme sostenedor de la autonomía del Derecho Municipal:

“El Derecho Municipal es la rama del Derecho Público Institucional, con acción pública, que estudia los problemas políticos-jurídicos y sociales del urbanismo, con auxilio del Derecho Constitucional, del Derecho Impositivo, del Derecho Administrativo, del Derecho Político, del Derecho Público Provincial, del Derecho Procesal, de la historia institucional y de la ciencia del urbanismo”⁽⁷⁾.

5. **Carácter del Derecho Municipal contemporáneo**

En este acápite nos interesa remarcar el carácter autónomo del Derecho Municipal. Sin negar que muchas de las cuestiones relativas al municipio se encuentran previstas en la Constitución, que se han desarrollado en gran medida en el campo del Derecho Administrativo, la importancia adquirida por la ciudad en los últimos tiempos –tanto, que ha llevado a decir al profesor argentino Adolfo Posadas que vivimos en una edad de ciudades– hace indispensable una disciplina especial para afrontar con eficacia su estudio.

Actualmente, se acepta ya la existencia de problemas nacidos de las particularidades y complejidades de los núcleos urbanos (como la densidad poblacional, la seguridad ciudadana, el desarrollo urbanístico, tránsito y transporte, salud pública y protección del medioambiente, por citar algunos solo a modo de ejemplo), que en mayor o menor medida presentan modalidades propias; es decir, materias susceptibles de estudiarse con arreglo a conceptos específicos, tanto en forma como en contenido.

“En el terreno de la doctrina universal –señala el profesor Clodomiro Zavallía– los problemas propios de la administración municipal aparecen perfectamente caracterizados. Desde luego el punto de partida de esa apreciación tiene que ser la evidente relación de

(6) Véase DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. Ediciones Ciudad Argentina, 1994, p. 95.

(7) VILLAFAÑE KORN, A. “Definición de Derecho Municipal”. En: *Revista Universitaria “Jurídicas y Sociales”*, Buenos Aires, p. 265.

esos problemas con necesidades que únicamente nazcan y se desenvuelvan en los centros urbanos (...) La mayor densidad de población es ya una circunstancia llamada a influir poderosamente, desde que ese hecho determina exigencias relacionadas con la seguridad, la higiene y la moralidad, aspectos que fuera de las ciudades se presentan en forma menos apremiante. Han ido, por lo tanto, perfeccionándose criterios de gobierno y métodos de realización que miran únicamente al designio de conseguir los índices más satisfactorios en el desenvolvimiento de la vida urbana”⁽⁸⁾.

Por tanto, es necesario tener claro que del municipio con características comunales al municipio de la ciudad contemporánea como centro económico y social de integración existe un enorme y dramático cambio, que la ciudad moderna es algo más que una agrupación vecinal o una aglomeración cívico-económica y que teniendo en cuenta estos elementos, podemos comprender que el Derecho Municipal, que estudia a la ciudad, a la que están ligados miles de seres humanos con sus retos, problemas y metas, es algo más que un capítulo del Derecho Constitucional o del Derecho Administrativo.

(8) ZAVALÍA, Clodomiro. *Tratado de Derecho Municipal*. Compilación de antecedentes, Buenos Aires, p. 414.

RÉGIMEN NORMATIVO MUNICIPAL

BASE CONSTITUCIONAL

Constitución Política del Perú de 1993

**(Artículos pertinentes relacionados
con los gobiernos locales)**

TÍTULO I DE LA PERSONA Y DE LA SOCIEDAD

CAPÍTULO III DE LOS DERECHOS POLÍTICOS Y DE LOS DEBERES

(...)

Artículo 31.- Participación en asuntos públicos y derecho al voto

Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas. Tienen también el derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica.

Es derecho y deber de los vecinos participar en el gobierno municipal de su jurisdicción. La ley norma y promueve los mecanismos directos e indirectos de su participación.

Tienen derecho al voto los ciudadanos en goce de su capacidad civil. Para el ejercicio de este derecho se requiere estar inscrito en el registro correspondiente.

El voto es personal, igual, libre, secreto y obligatorio hasta los setenta años. Es facultativo después de esa edad.

La ley establece los mecanismos para garantizar la neutralidad estatal durante los procesos electorales y de participación ciudadana.

Es nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos⁽¹⁾.

Artículo 32.- Referéndum

Pueden ser sometidas a referéndum:

1. La reforma total o parcial de la Constitución;
2. La aprobación de normas con rango de ley;
3. Las ordenanzas municipales; y,
4. Las materias relativas al proceso de descentralización.

No pueden someterse a referéndum la supresión o la disminución de los derechos fundamentales de la persona, ni las normas de carácter tributario y presupuestal, ni los tratados internacionales en vigor.

(...)

TÍTULO III DEL RÉGIMEN ECONÓMICO

(...)

CAPÍTULO IV DEL RÉGIMEN TRIBUTARIO Y PRESUPUESTAL

Artículo 74.- Principio de legalidad en materia tributaria

Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo. Los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de estas, dentro de su jurisdicción, y con los límites que señala la ley. El Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de la ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona. Ningún tributo puede tener carácter confiscatorio.

Las leyes de presupuesto y los decretos de urgencia no pueden contener normas sobre materia tributaria. Las leyes relativas a tributos de periodicidad anual rigen a partir del primero de enero del año siguiente a su promulgación.

No surten efecto las normas tributarias dictadas en violación de lo que establece el presente artículo⁽²⁾.

(...)

(1) Artículo modificado por Ley N° 28480, publicada el 30 de marzo de 2005.

(2) Artículo modificado por Ley N° 28390, publicada el 17 de noviembre de 2004.

Artículo 77.- Presupuesto del Sector Público

La administración económica y financiera del Estado se rige por el presupuesto que anualmente aprueba el Congreso. La estructura del presupuesto del Sector Público contiene dos secciones: Gobierno Central e instancias descentralizadas.

El presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos, su programación y ejecución responden a los criterios de eficiencia, de necesidades sociales básicas y de descentralización.

Corresponden a las respectivas circunscripciones, conforme a ley, recibir una participación adecuada del total de los ingresos y rentas obtenidos por el Estado en la explotación de los recursos naturales en cada zona en calidad de canon⁽³⁾.

(...)

TÍTULO IV DE LA ESTRUCTURA DEL ESTADO

CAPÍTULO I PODER LEGISLATIVO

(...)

Artículo 96.- Facultad de pedir informes a las dependencias públicas

Cualquier representante al Congreso puede pedir a los Ministros de Estado, al Jurado Nacional de Elecciones, al Contralor General, al Banco Central de Reserva, a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, a los Gobiernos Regionales y Locales y a las instituciones que señala la ley, los informes que estime necesarios⁽⁴⁾.

El pedido se hace por escrito y de acuerdo con el Reglamento del Congreso. La falta de respuesta da lugar a las responsabilidades de ley.

(...)

CAPÍTULO XIV DE LA DESCENTRALIZACIÓN⁽⁵⁾

Artículo 188.- La descentralización es una forma de organización democrática y constituye una política permanente de Estado, de carácter obligatorio, que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país. El proceso de descentralización se realiza por etapas, en forma progresiva y ordenada conforme a criterios que permitan una

(3) Artículo modificado por Ley N° 26472, publicada el 13 de junio de 1995.

(4) Párrafo del artículo 96, modificado por Ley N° 28484, publicada el 5 de abril de 2005.

(5) Capítulo modificado por el Art. Único de la Ley N° 27680, publicada el 07/03/2002.

adecuada asignación de competencias y transferencia de recursos del gobierno nacional hacia los gobiernos regionales y locales.

Los Poderes del Estado y los Organismos Autónomos así como el Presupuesto de la República se descentralizan de acuerdo a ley.

Artículo 189.- El territorio de la República está integrado por regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se constituye y organiza el gobierno a nivel nacional, regional y local, en los términos que establece la Constitución y la ley, preservando la unidad e integridad del Estado y de la Nación.

El ámbito del nivel regional de gobierno son las regiones y departamentos. El ámbito del nivel local de gobierno son las provincias, distritos y los centros poblados.

Artículo 190.- Las regiones se crean sobre la base de áreas contiguas integradas histórica, cultural, administrativa y económicamente, conformando unidades geoeconómicas sostenibles.

El proceso de regionalización se inicia eligiendo gobiernos en los actuales departamentos y la Provincia Constitucional del Callao. Estos gobiernos son gobiernos regionales.

Mediante referéndum podrán integrarse dos o más circunscripciones departamentales contiguas para constituir una región, conforme a ley. Igual procedimiento siguen las provincias y distritos contiguos para cambiar de circunscripción regional.

La ley determina las competencias y facultades adicionales, así como incentivos especiales, de las regiones así integradas.

Mientras dure el proceso de integración, dos o más gobiernos regionales podrán crear mecanismos de coordinación entre sí. La ley determinará esos mecanismos.

Artículo 191.- Los gobiernos regionales tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Coordinan con las municipalidades sin interferir sus funciones y atribuciones.

La estructura orgánica básica de estos gobiernos la conforman el Consejo Regional como órgano normativo y fiscalizador, el Presidente como órgano ejecutivo, y el Consejo de Coordinación Regional integrado por los alcaldes provinciales y por representantes de la sociedad civil, como órgano consultivo y de coordinación con las municipalidades, con las funciones y atribuciones que les señala la ley. El Consejo Regional tendrá un mínimo de siete (7) miembros y un máximo de veinticinco (25), debiendo haber un mínimo de uno (1) por provincia y el resto, de acuerdo a ley, siguiendo un criterio de población electoral.

El Presidente es elegido conjuntamente con un vicepresidente, por sufragio directo por un periodo de cuatro (4) años, y puede ser reelegido. Los miembros

del Consejo Regional son elegidos en la misma forma y por igual periodo. El mandato de dichas autoridades es revocable, conforme a ley, e irrenunciable, con excepción de los casos previstos en la Constitución. Para postular a Presidente de la República, Vicepresidente, miembro del Parlamento Nacional o Alcalde; los Presidentes de los Gobiernos Regionales deben renunciar al cargo seis (6) meses antes de la elección respectiva.

La ley establece porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, comunidades campesinas y nativas, y pueblos originarios en los Consejos Regionales. Igual tratamiento se aplica para los Concejos Municipales⁽⁶⁾.

Artículo 192.- Los gobiernos regionales promueven el desarrollo y la economía regional, fomentan las inversiones, actividades y servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo.

Son competentes para:

1. Aprobar su organización interna y su presupuesto.
2. Formular y aprobar el plan de desarrollo regional concertado con las municipalidades y la sociedad civil.
3. Administrar sus bienes y rentas.
4. Regular y otorgar las autorizaciones, licencias y derechos sobre los servicios de su responsabilidad.
5. Promover el desarrollo socioeconómico regional y ejecutar los planes y programas correspondientes.
6. Dictar las normas inherentes a la gestión regional.
7. Promover y regular actividades y/o servicios en materia de agricultura, pesquería, industria, agroindustria, comercio, turismo, energía, minería, vialidad, comunicaciones, educación, salud y medio ambiente, conforme a ley.
8. Fomentar la competitividad, las inversiones y el financiamiento para la ejecución de proyectos y obras de infraestructura de alcance e impacto regional.
9. Presentar iniciativas legislativas en materias y asuntos de su competencia.
10. Ejercer las demás atribuciones inherentes a su función, conforme a ley.

(6) Artículo modificado por Ley N° 28607, publicada el 4 de octubre de 2005.

Artículo 193.- Son bienes y rentas de los gobiernos regionales:

1. Los bienes muebles e inmuebles de su propiedad.
2. Las transferencias específicas que les asigne la Ley Anual de Presupuesto.
3. Los tributos creados por ley a su favor.
4. Los derechos económicos que generen por las privatizaciones, concesiones y servicios que otorguen, conforme a ley.
5. Los recursos asignados del Fondo de Compensación Regional, que tiene carácter redistributivo, conforme a ley.
6. Los recursos asignados por concepto de canon.
7. Los recursos provenientes de sus operaciones financieras, incluyendo aquellas que realicen con el aval del Estado, conforme a ley.
8. Los demás que determine la ley.

Artículo 194.- Las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno local. Tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Las municipalidades de los centros poblados son creadas conforme a ley.

La estructura orgánica del gobierno local la conforman el Concejo Municipal como órgano normativo y fiscalizador y la Alcaldía como órgano ejecutivo, con las funciones y atribuciones que les señala la ley.

Los alcaldes y regidores son elegidos por sufragio directo, por un periodo de cuatro (4) años. Pueden ser reelegidos. Su mandato es revocable, conforme a ley, e irrenunciable, con excepción de los casos previstos en la Constitución.

Para postular a Presidente de la República, Vicepresidente, miembro del Parlamento Nacional o Presidente del Gobierno Regional; los Alcaldes deben renunciar al cargo seis (6) meses antes de la elección respectiva⁽⁷⁾ ⁽⁸⁾.

Artículo 195.- Los gobiernos locales promueven el desarrollo y la economía local, y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo.

Son competentes para:

1. Aprobar su organización interna y su presupuesto.

(7) Artículo modificado por Ley N° 28607, publicada el 4 de octubre de 2005.

(8) Sobre la modificatoria dispuesta por la Ley N° 28607, que introduce la renuncia del cargo de Alcalde para postular a Presidente de la República, Vicepresidente, miembro del Parlamento Nacional o Presidente del Gobierno Regional, véase nuestros comentarios al art. 22 de la LOM.

2. Aprobar el plan de desarrollo local concertado con la sociedad civil.
3. Administrar sus bienes y rentas.
4. Crear, modificar y suprimir contribuciones, tasas, arbitrios, licencias y derechos municipales, conforme a ley.
5. Organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales de su responsabilidad.
6. Planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones, incluyendo la zonificación, urbanismo y el acondicionamiento territorial.
7. Fomentar la competitividad, las inversiones y el financiamiento para la ejecución de proyectos y obras de infraestructura local.
8. Desarrollar y regular actividades y/o servicios en materia de educación, salud, vivienda, saneamiento, medio ambiente, sustentabilidad de los recursos naturales, transporte colectivo, circulación y tránsito, turismo, conservación de monumentos arqueológicos e históricos, cultura, recreación y deporte, conforme a ley.
9. Presentar iniciativas legislativas en materias y asuntos de su competencia.
10. Ejercer las demás atribuciones inherentes a su función, conforme a ley.

Artículo 196.- Son bienes y rentas de las municipalidades:

1. Los bienes muebles e inmuebles de su propiedad.
2. Los tributos creados por ley a su favor.
3. Las contribuciones, tasas, arbitrios, licencias y derechos creados por Ordenanzas Municipales, conforme a ley.
4. Los derechos económicos que generen por las privatizaciones, concesiones y servicios que otorguen, conforme a ley.
5. Los recursos asignados del Fondo de Compensación Municipal, que tiene carácter redistributivo, conforme a ley.
6. Las transferencias específicas que les asigne la Ley Anual de Presupuesto.
7. Los recursos asignados por concepto de canon.
8. Los recursos provenientes de sus operaciones financieras, incluyendo aquellas que requieran el aval del Estado, conforme a ley.
9. Los demás que determine la ley.

Artículo 197.- Las municipalidades promueven, apoyan y reglamentan la participación vecinal en el desarrollo local. Asimismo brindan servicios de

seguridad ciudadana, con la cooperación de la Policía Nacional del Perú, conforme a ley.

Artículo 198.- La Capital de la República no integra ninguna región. Tiene régimen especial en las leyes de descentralización y en la Ley Orgánica de Municipalidades. La Municipalidad Metropolitana de Lima ejerce sus competencias dentro del ámbito de la provincia de Lima.

Las municipalidades de frontera tienen, asimismo, régimen especial en la Ley Orgánica de Municipalidades.

Artículo 199.- Los gobiernos regionales y locales son fiscalizados por sus propios órganos de fiscalización y por los organismos que tengan tal atribución por mandato constitucional o legal, y están sujetos al control y supervisión de la Contraloría General de la República, la que organiza un sistema de control descentralizado y permanente. Los mencionados gobiernos formulan sus presupuestos con la participación de la población y rinden cuenta de su ejecución, anualmente, bajo responsabilidad, conforme a ley.

TÍTULO V DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

Artículo 200.- Acciones de garantía

Son garantías constitucionales:

1. La Acción de Hábeas Corpus

La Acción de Hábeas Corpus, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos.

2. La Acción de Amparo

La acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente.

No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular⁽⁹⁾.

3. Hábeas Data

La acción de Hábeas Data, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera

(9) Inciso modificado por Ley N° 26470, publicada el 12 de junio de 1995.

o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2, incisos 5 y 6 de la Constitución⁽¹⁰⁾.

4. La Acción de Inconstitucionalidad

La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.

5. La Acción Popular

La Acción Popular, que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen.

6. La Acción de Cumplimiento

La Acción de Cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

Una ley orgánica regula el ejercicio de estas garantías y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad de las normas.

El ejercicio de las acciones de hábeas corpus y de amparo no se suspende durante la vigencia de los regímenes de excepción a que se refiere el artículo 137 de la Constitución.

Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio.

(...)

Artículo 203.- Titularidad de la acción de inconstitucionalidad

Están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad:

1. El Presidente de la República;
2. El Fiscal de la Nación;
3. El Defensor del Pueblo;
4. El veinticinco por ciento del número legal de congresistas;

(10) Inciso modificado por Ley N° 26470, publicada el 12 de junio de 1995.

5. Cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones. Si la norma es una ordenanza municipal, está facultado para impugnarla el uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda del número de firmas anteriormente señalado.
6. Los presidentes de Región con acuerdo del Consejo de Coordinación Regional, o los alcaldes provinciales con acuerdo de su Concejo, en materias de su competencia.
7. Los colegios profesionales, en materias de su especialidad.

Artículo 204.- Sentencia de inconstitucionalidad

La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto.

No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal.

(...)

DISPOSICIONES FINALES Y TRANSITORIAS

(...)

QUINTA.- Elecciones municipales

Las elecciones municipales se alternan con las generales de modo que aquellas se realizan a mitad del periodo presidencial, conforme a ley. Para el efecto, el mandato de los alcaldes y regidores que sean elegidos en las dos próximas elecciones municipales durará tres y cuatro años respectivamente.

SEXTA.- Proceso electoral 1993. Conclusión del mandato

Los alcaldes y regidores elegidos en el proceso electoral de 1993 y sus elecciones complementarias concluyen su mandato el 31 de diciembre de 1995.

(...)

DÉCIMA.- Registro Nacional de Identificación y Estado Civil

La ley establece el modo como las oficinas, los funcionarios y servidores del Registro Civil de los gobiernos locales y los del Registro Electoral se integran al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil.

DESCENTRALIZACIÓN Y MUNICIPALIDADES

Ley N° 27680 Ley de Reforma Constitucional

1. Introducción

El 28 de julio de 1990, cuando el Ing. Alberto Fujimori Fujimori asumía el poder, hubo un hecho sintomático desde la perspectiva de los hechos posteriores: los presidentes de los gobiernos regionales no fueron invitados a la ceremonia de entrega del mando. Es más, en su primer discurso al Congreso, el flamante Presidente no dijo nada sobre descentralización y regionalización, a pesar de haber sido un tema recurrente en su campaña electoral. A estos hechos le siguieron una serie de medidas que buscaban centralizar el poder en todas las esferas gubernamentales, pero en donde se dejó sentir con más crudeza fue en el ámbito municipal, constituyendo aquello que Ángel Delgado ha llamado un terremoto legal en contra de los gobiernos locales. Saqueo normativo que se formalizó con la dación de la Constitución de 1993.

Así, la invasión a la autonomía municipal se venía produciendo desde mucho antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1993⁽¹⁾, como

(1) “Entre 1991 y los primeros meses de 1992 (antes del golpe del 5 de abril), el Ejecutivo expidió varios decretos legislativos que redujeron los ingresos de las municipalidades y las despojaron de facultades tributarias, sea por el cambio de concepto del Impuesto de Alcabala (D. Leg. N° 666) que redujo el monto destinado a las municipalidades, por despojarles de los ingresos por tasas, derechos o tributos por otorgar licencias a pequeñas empresas (D. Leg. N° 720), suprimirles la facultad de crear contribuciones o derechos relacionados con obras públicas (D. Leg. N° 757) o por despojarles directamente de los recursos del Fondo de Financiamiento Terrestre (FOFFIT). Y en el mismo año de 1993, otras tres normas habían reducido aún más los ingresos municipales, bien al reducir el monto del Impuesto al Valor del Patrimonio Predial (D.L. N° 26173), al despojar a las municipalidades Provinciales de

parte de la estrategia de debilitar a las municipalidades, volviéndolas más dependientes y proclives al Gobierno central, desde donde se les administraría políticamente. Pero el golpe mayor dentro de este proceso fue, sin duda, el polémico D. Leg. N° 776 - Ley de Tributación Municipal, dictada cuando ya había sido aprobada y sometida a referéndum la nueva Constitución, que arremetió contra los fondos de las municipalidades provinciales, bajo el pretexto de entregarles a las municipalidades distritales, lo que en la práctica nunca ocurrió⁽²⁾.

2. Las Constituciones de 1979 y 1993

La Constitución de 1979 en materia municipal significó un salto cualitativo sustancial con respecto a sus predecesoras. Delimitó claramente las competencias de las municipalidades en general, las competencias propias de las municipalidades provinciales y el conjunto de bienes y rentas de las municipalidades en el marco de un inusual consenso municipalista, propio del espíritu plural que reinó en la Asamblea Constituyente de 1978⁽³⁾.

Por el contrario, la Constitución de 1993 significó un atraso con respecto a la década anterior, se dejó sin protección constitucional una serie de asuntos competenciales reconocidos en la Carta de 1979, rebajándolos a la protección legal y, por lo mismo, fácilmente manejable por el Gobierno

la facultad de cobro de peaje (D.S.E. N° 015-93-TCC) y luego quitarles también los recursos provenientes del cobro de peaje (D.S.E. N° 090-93-PCM). Incluso el mismo día en que el Ejecutivo promulgaba el Decreto Legislativo N° 776, se promulgó el Decreto Legislativo N° 780, por el cual también se despojó a las municipalidades de ingresos provenientes del Impuesto Predial de las empresas propietarias de hospedaje. Tal era solo el inicio de un despojo de rentas que se haría más ostensible a fines de 1993, precisamente –y no era casual– cuando entraba en vigor la flamante Constitución de 1993” (PLANAS, Pedro. *Alcances Institucionales de la Autonomía Municipal en el reciente Constitucionalismo Peruano. Temas Municipales*. Gaceta Jurídica, 1998, p. 281).

(2) Véase: SANTA MARÍA CALDERÓN, Luis y MÁLLAP RIVERA, Johnny. *Legislación Municipal Comentada*. Normas Legales, Trujillo, 2001, p. 148.

(3) “Este consenso no quedó en la letra de la Constitución. Se fortaleció apropiadamente con el desarrollo constitucional de los años ochenta, en particular con la Ley Orgánica de Municipalidades (1984) y las normas que favorecieron y fortalecieron la autonomía económica municipal, bien con leyes especiales de financiamiento municipal y sus respectivas ordenanzas, con el reconocimiento de la potestad tributaria de las municipalidades y con el traslado del Gobierno Central a las municipalidades de competencias específicas, así como a la creación o traslado de rentas o impuesto de enorme rendimiento con destino municipal, como el Impuesto al Rodaje, el Impuesto de Promoción Municipal, el peaje, etc. Quedaba claro que sin autonomía económica no podría existir una auténtica autonomía administrativa. (PLANAS, Pedro. Ob. cit., p. 297).

de turno. Esto fue un contrasentido, si –como sostiene Valentín Paniagua– los municipios deben gozar de una especie de reserva constitucional para garantizar el libre ejercicio de sus funciones y la autonomía de la administración y gobierno de los colectivos territoriales descentralizados⁽⁴⁾.

En materia de atribuciones municipales⁽⁵⁾, la nueva Constitución no regula lo dispuesto en los incs. 5 y 7 del art. 254, sobre la regulación del transporte colectivo, la circulación y el tránsito y la contratación con otras entidades públicas o privadas en los servicios no administrados directamente; no se recoge el art. 255, sobre competencia de las municipalidades provinciales, quedando sin protección constitucional temas como zonificación y urbanismo, cooperación con la educación, cultura, recreación,

(4) PANIAGUA CORAZAO, Valentín. "Descentralización y Autonomía Municipal". En: *Tema Uno*. Revista de la Asociación Propuesta, N° 1, Lima, 1994, p. 35. Citado por BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993: Análisis Comparado*. Constitución y Sociedad, Lima, 1996, p. 697.

(5) Regulados por los artículos 254, 255 y 256 de la Constitución:

Artículo 254.- Las municipalidades son competentes para:

- 1.- Acordar su régimen de organización interior.
- 2.- Votar su presupuesto.
- 3.- Administrar sus bienes y rentas.
- 4.- Crear, modificar o suprimir sus contribuciones, arbitrios y derechos.
- 5.- Regular el transporte colectivo, la circulación y el tránsito.
- 6.- Organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales.
- 7.- Contratar con otras entidades públicas o privadas, preferentemente locales, la atención de los servicios que administran directamente.
- 8.- Planificar el desarrollo de sus circunscripciones y ejecutar los planes correspondientes; y
- 9.- Las demás atribuciones inherentes a su función, de acuerdo a ley.

Artículo 255.- Las municipalidades provinciales tienen a su cargo, además de los servicios públicos locales, lo siguiente:

- 1.- Zonificación y urbanismo.
- 2.- Cooperación con la Educación Primaria y vigilancia de su normal funcionamiento de acuerdo con los artículos 24 y 30.
- 3.- Cultura, recreación y deportes.
- 4.- Turismo y conservación de monumentos arqueológicos e históricos, en coordinación con el órgano regional.
- 5.- Cementerios. Y
- 6.- Los demás servicios cuya ejecución no está reservada a otros órganos públicos, y que tienden a satisfacer necesidades colectivas de carácter local.

Artículo 256.- Las municipalidades promueven, apoyan y reglamentan la participación de los vecinos en el desarrollo comunal.

deportes, turismo, conservación de monumentos, cementerios y demás servicios cuya ejecución no está reservada a otros órganos públicos y que tienden a satisfacer necesidades colectivas de carácter local.

En materia de bienes y rentas⁽⁶⁾, hay una drástica reducción ya que solo se reconocen los siguientes elementos: a) los bienes e ingresos propios (equivalentes al inc. 9 del art. 257 de la Constitución de 1979); b) las contribuciones y demás similares creados por el Concejo respectivo (equivalentes al inc. 10 del art. 257); c) las transferencias presupuestales del Gobierno central (equivalentes al inc. 4 del art. 257); d) los recursos del canon por explotación de recursos naturales que les correspondan (equivalente inc. 11 del art. 257); e) los demás que establezca la ley (equivalentes al inc. 12 del art. 257)⁽⁷⁾. Los bienes y rentas regulados en los incs. 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7 del art. 257 no fueron recogidos por el nuevo texto y son reducidos a la frase: “Los impuestos creados por ley a su favor” (inc. 2 del art. 193 de la Constitución de 1993).

Trajo también la nueva Constitución algunas innovaciones que merecen resaltarse, pero con la advertencia de que en el núcleo esencial –como son las competencias y rentas municipales, sin las cuales no podemos hablar de una real autonomía municipal– los gobiernos locales ya habían sido

(6) Regulado por el artículo 257 de la Constitución:

Artículo 257.- Son bienes y rentas de las municipalidades:

- 1.- Los tributos que gravan el valor de los predios urbanos y rústicos de su circunscripción.
- 2.- Las licencias y patentes que gravan el ejercicio de las actividades lucrativas y profesionales.
- 3.- El impuesto de rodaje.
- 4.- Los recursos nacionales que se les transfieren para la atención de los servicios públicos descentralizados.
- 5.- La contribución por peaje, pontazgo y mejoras de las obras que ejecutan.
- 6.- El impuesto a la extracción de materiales de construcción.
- 7.- El impuesto sobre terrenos sin construir.
- 8.- Los tributos que gravan la propaganda comercial y los espectáculos públicos.
- 9.- Los productos de sus bienes y de los servicios públicos que prestan.
- 10.- Los arbitrios, derechos, contribuciones y multas.
- 11.- Parte de la renta contemplada en el artículo 121 para el respectivo municipio provincial, en la proporción de ley. Y
- 12.- Los demás que señala la ley o que se instituyan en su favor.

(7) Véase: RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo V, PUCP, 1999, p. 475.

duramente golpeados. Se introducen como nuevas nociones constitucionales: la autonomía política (art. 191), el periodo de gobierno de alcaldes y regidores de 5 años, no regulado constitucionalmente hasta entonces (art. 191), el carácter irrenunciable pero revocable de las autoridades municipales (art. 191), aclara las funciones del concejo y del alcalde, en normativas y ejecutivas respectivamente (art. 191), autoriza a las municipalidades a crear, modificar y suprimir no solo contribuciones, arbitrios y derechos, sino también tasas y licencias (inc. 2 del art. 192), otorga a las municipalidades la atribución de participar en la gestión de las actividades y servicios inherentes al Estado, conforme a ley (inc. 6 del art. 192), se crea el Fondo de Compensación Municipal (inc. 4 del art. 193), regula la posibilidad de asociarse o formar convenios cooperativos entre las municipalidades (art. 194), faculta la cooperación de la Policía Nacional con las municipalidades en materia de seguridad ciudadana (art. 195) y el establecimiento de regímenes especiales no solo para la capital de la República sino también para las “capitales de provincia con rango metropolitano” (art. 196).

En la práctica, la Constitución de 1993 fue el furgón de una de las más aciagas etapas de nuestra historia republicana; en materia municipal y de descentralización no resulta exagerada la posición de Pedro Planas al sostener que el régimen fujimorista concentró todos sus esfuerzos para reponer en el Perú el viejo sistema vertical de las intendencias, propio de nuestra época colonial⁽⁸⁾.

3. La Ley N° 27680, reforma constitucional del Capítulo XIV del Título IV sobre descentralización

La Constitución de 1993 se construyó y se sostuvo sobre la base del régimen fujimorista. Era natural que al caer dicho mandato se empezara a cuestionar muchas de sus disposiciones. Tan pronto como ingresamos al gobierno transitorio del Dr. Valentín Paniagua se fue desactivando el antiguo sistema, con el replanteamiento de la política del Gobierno central respecto de las municipalidades en una línea democrática y descentralista. Se emitió el D.S. N° 005-2001-JUS mediante el cual se crean las Comisiones Provinciales de Formalización de la Propiedad Informal, restituyendo a las comunas provinciales la facultad de coordinar, planificar y titular las propiedades informales, labores que fueron de responsabilidad exclusiva de Cofopri; se transfirió al Concejo Provincial de Lima el Proyecto Tren

(8) PLANAS, Pedro. *La Descentralización en el Perú Republicano (1821-1998)*. Municipalidad Metropolitana de Lima, 1998, p. 580.

Eléctrico con el propósito de lograr su funcionamiento, por citar solo algunas de las medidas, entre otras, que anunciaron nuevos tiempos, hasta la publicación, el 7 de marzo de 2002, de la Ley N° 27680, que reforma el capítulo de la descentralización, regiones y municipalidades.

Hay que reconocer en esta ley, antes que todo, un auténtico espíritu descentralista. Existió en la mayoría de los miembros del Congreso que la aprobaron, y del Ejecutivo que la promulgó de inmediato, un verdadero interés por iniciar un proceso descentralizador que permita concretar una antigua y legítima aspiración de los pueblos del interior, sin la cual no es posible articular ninguna forma de desarrollo futuro. Se retoma, desde nuestro punto de vista, el camino señalado en la Constitución de 1979, que en términos de Bernales “diseñó una propuesta de regionalización definida, que no solamente contempló la descentralización administrativa sino una efectiva desconcentración del poder”⁽⁹⁾ que se vio truncado en la década fujimorista con la extensión de los Consejos Transitorios de Administración Regional (CTAR), que se manejaron como agencias del Gobierno central. Los hechos que siguieron para hacer realidad la Constitución de 1979 no fueron, sin embargo, los mejores, se escamoteó la ley por oscuros intereses políticos, y es justo decirlo. Hoy, en el marco de una nueva legislación, esperemos que la historia nos sea favorable en la reestructuración de un Estado descentralizado, unitario y eficiente, que nos aleje de la etapa sombría de la Constitución de 1993 en materia de descentralización y gobiernos locales, a la que César Landa definió como ficción jurídica⁽¹⁰⁾. Término exacto, porque la realidad continuamente echó por tierra las declaraciones de los textos normativos.

Un análisis de la reforma constitucional nos permite ver que se ha mantenido algunas de las innovaciones de la Constitución de 1993 y se

(9) BERNALES, Enrique. *La Constitución de 1993: análisis y comentarios*. 2ª edición. Constitución y Sociedad, Lima, 1996, p. 680.

(10) “(...) en términos de Karl Loewenstein, la nueva Carta regula semántica y nominalmente el capítulo de la descentralización. Semánticamente, por cuanto sus postulados sobre las municipalidades y las regiones constituyen una ficción jurídica, ya que en la práctica el gobierno viene restringiendo las atribuciones y recursos de los gobiernos locales, así como también ha desactivado a los gobiernos regionales democráticos hasta convertirlos en agencias estatales dependientes del gobierno central. Sin embargo, también son normas nominales, por cuanto legitiman constitucionalmente las decisiones y acciones gubernamentales en materia de descentralización, lo que significa consagrar jurídicamente el dominio del poder central –político y económico– frente a las provincias y del aparato técnico-burocrático limeño sobre las poblaciones provincianas” (LANDA ARROYO, César. “La Descentralización del Gobierno Unitario”, citado por BERNALES. Ob. cit., p. 684).

ha fortalecido el municipio con aspectos ya diseñados en la Constitución de 1979.

En cuanto a la naturaleza y estructura de las municipalidades:

- a) Se mantiene que las municipalidades están conformadas por un concejo, como órgano normativo y fiscalizador, y la alcaldía, como órgano ejecutivo. Esta definición era necesaria en virtud de que su falta de regulación en la Constitución generaba dudas al momento de ejecutar las funciones municipales específicas.
- b) Se mantiene que el cargo municipal es revocable pero irrenunciable; esto significa, en palabras de César Landa, que se ha consagrado el mandato imperativo de los electores municipales sobre sus representantes locales.
- c) Se mantiene la reelección y se reduce el periodo de gobierno de 5 a 4 años. La reelección no debe ser indefinida sino reducirse a un periodo adicional. Si bien en materia municipal la continuidad es necesaria para la conclusión de las obras municipales, y hay ejemplos de buena gestión en este sentido, la reelección permanente no es conveniente desde una perspectiva histórica porque se promueve el caudillismo en desmedro de las representaciones institucionales políticas y sociales.
- d) La Constitución de 1979 señalaba que los extranjeros residentes por más de dos años continuos pueden elegir y ser elegidos, disposición que no fue recogida por la Constitución de 1993 y tampoco por la reciente reforma constitucional.

En materia de competencias municipales:

- a) Se ha recogido de la Constitución de 1979, aunque de manera limitada, las atribuciones municipales para regular actividades y/o servicios en materia de educación, salud, vivienda, saneamiento, medio ambiente, sustentabilidad de los recursos naturales, transporte colectivo, circulación y tránsito, turismo, conservación de monumentos arqueológicos e históricos, cultura, recreación y deporte, conforme a ley. La constitucionalización de estas facultades es trascendente en el conocimiento de que las municipalidades en el ejercicio de sus funciones requieren de una reserva constitucional, que no quede expuesta al arbitrio del legislador común. Sin embargo, creemos que debió mantenerse el orden con que fueron reguladas las competencias en la Constitución de 1979, que

diferenciaba las facultades para las municipalidades en general y para las municipalidades provinciales. Existen servicios públicos que no pueden ser regulados por municipalidades no provinciales, ya que muchas veces la ejecución del servicio puede requerir el paso por dos o más distritos, amén de las disposiciones contradictorias que se pueden generar, dependiendo del criterio de cada concejo distrital. El desorden actual en materia de tránsito, con el enfrentamiento continuo de las autoridades ediles, es un ejemplo vivo de que en materia de competencias el legislador debió optar por una delimitación clara, despejando toda duda.

- b) Se innova como competencia municipal, aprobar el plan de desarrollo concertado con la sociedad civil. Teóricamente, estamos de acuerdo. La esencia del municipio es el elemento participativo. Sin embargo, la nueva ley que lo ha de desarrollar debe cuidar que la participación civil no signifique en la práctica un entrampamiento de las acciones que el alcalde pretenda desplegar.
- c) Se innova como competencia municipal fomentar la competitividad, las inversiones y el financiamiento para la ejecución de proyectos y obras de infraestructura local. Esta atribución significa el reconocimiento de que las municipalidades no son solo prestadoras de servicios públicos sino agentes de desarrollo local, y que el crecimiento local depende sustancialmente de variables y decisiones de carácter económico.
- d) Se innova como competencia municipal presentar iniciativas legislativas en materia y asuntos de su competencia. Esta es una facultad nacida de la naturaleza de las cosas, quién mejor que los gobiernos locales para recoger y analizar las necesidades u omisiones legislativas.

En lo referente a rentas y bienes del municipio, se mantiene básicamente la estructura de la Constitución de 1993, con las siguientes innovaciones:

- a) Los derechos que se generen por las privatizaciones, concesiones y servicios que otorguen, conforme a ley; y
- b) Los recursos provenientes de sus operaciones financieras, incluyendo aquellas que requieran aval del Estado conforme a ley.

Ambas formas de ingresos municipales son convenientes si se tiene en cuenta que no habrá desarrollo sostenido sin la participación del Sector Privado, y que es necesario el endeudamiento municipal ya que

las incipientes economías municipales no permiten la ejecución de obras trascendentes para el crecimiento local.

Otros cambios que merecen resaltarse:

- a) Ya no tienen un régimen especial las capitales de provincia con rango metropolitano, las capitales de departamentos de ubicación fronteriza y la Provincia Constitucional del Callao, a que se refería el art. 196 de la Constitución de 1993, manteniéndose un régimen especial para la Capital de la República y para las municipalidades de frontera.
- b) Tampoco se ha recogido el art. 194 de la Constitución de 1993 que prescribía: “Las municipalidades pueden asociarse o concertar entre ellas convenios cooperativos para la ejecución de obras y la prestación de servicios comunes”. Esta norma no estaba considerada en la Constitución de 1979, pero debió mantenerse porque reafirma un espíritu que debe estar presente en el ejercicio de la función municipal, si bien las municipalidades siempre podrán establecer convenios de colaboración entre sí.

Los reseñados son los cambios más importantes que trae consigo la nueva reforma constitucional, desarrollada ya de algún modo por la reciente Ley de Bases de la Descentralización (Ley N° 27783).

4. Apéndice

Con la reforma constitucional y la convocatoria subsiguiente a elecciones regionales y municipales se inició una nueva etapa en el largo proceso de descentralización del país, que en la actualidad muestra algunos avances pero sin la dinámica necesaria para institucionalizar el criterio descentralista, sobre todo en el ámbito de los gobiernos regionales, donde la población sigue sin reconocerlos como verdaderos órganos de gobierno, autónomos y con las responsabilidades que les son propias. Se sigue bajo el criterio de la demanda al Gobierno central, con mínima o casi nula exigencia a los gobiernos regionales respectivos.

Pero hoy como ayer, son los agentes encargados de efectivizar la descentralización (autoridades de todos los niveles, dentro de sus ámbitos propios), con la participación de la población, los responsables de entroncar este proceso en las necesidades de la historia o legarnos una frustración más, sumándose a las ocho grandes experiencias trucas por la descentralización impulsadas entre 1823 y 1993.

El centralismo es uno de nuestros grandes males, si no el mayor. Sin la descentralización, la regionalización y el fortalecimiento de los municipios no hay desarrollo posible con miras al futuro. Las disposiciones legales están dadas, con un consenso poco visto en nuestra clase dirigente, solo hace falta una gran madurez política en todos los niveles organizativos, asumir el bien común como principio y hacer de la descentralización una política permanente y obligatoria del Estado; en suma, institucionalizarla, como manda la ley. Busquemos situarnos más allá de los avatares de quienes detentan temporalmente el poder.

LEY ORGÁNICA DE MUNICIPALIDADES

LEY N° 27972

Promulgada el 26 de mayo de 2003
Publicada el 27 de mayo de 2003
Vigente a partir del 28 de mayo de 2003

TÍTULO PRELIMINAR

ARTÍCULO I.- GOBIERNOS LOCALES

Los gobiernos locales son entidades básicas de la organización territorial del Estado y canales inmediatos de participación vecinal en los asuntos públicos, que institucionalizan y gestionan con autonomía los intereses propios de las correspondientes colectividades; siendo elementos esenciales del gobierno local, el territorio, la población y la organización. Las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno promotores del desarrollo local, con personería jurídica de derecho público y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines.

CONCORDANCIAS:

Const. Arts. 188, 194, 195
Ley N° 27783 Art. 40



COMENTARIO

A diferencia de sus predecesoras, la actual Ley Orgánica de Municipalidades (en adelante, LOM) contiene un Título Preliminar compuesto de diez artículos (I al X).

Este Título Preliminar busca establecer un marco general precisando la estructura, organización, relación con otros niveles de gobierno y fines de las municipalidades, a fin de dar unidad y coherencia al conjunto de las disposiciones de la LOM y servirá, además, como criterio de interpretación para la aplicación de las disposiciones de la propia LOM y de cualquier norma relacionada con las municipalidades.

Una aclaración necesaria: la actual LOM usa indistintamente los términos “gobierno local”, “municipalidad” y “municipio”, por lo que a efectos de esta ley, debe tenerse por sinónimos, pese a las diferencias conceptuales entre ellos⁽¹⁾. Nosotros haremos lo propio.

(1) “Municipio, es la entidad social integrada por tres elementos inseparables como son la población, el territorio y la capacidad de autogobierno (o Poder Municipal). Municipalidad, la institución que en representación del Municipio cumple la función de gobierno y administración, con la finalidad de lograr el desarrollo de su circunscripción y satisfacer las necesidades elementales de los vecinos. Gobierno Local, la autoridad que ejerce la función normativa y ejecutiva del municipio, integrada

Las municipalidades en el Perú tienen su origen en la conquista española. Uno de los primeros actos de la corona a fin de estructurar un cuerpo político, fue la creación de los ayuntamientos con poderes políticos, administrativos y judiciales. De forma tal que los municipios son parte esencial y primigenia de nuestra organización territorial, y a esta característica hace referencia esta norma al señalar que los gobiernos locales son entidades básicas, lo que quiere decir que estas instituciones son los cimientos sobre los que se sustenta la conformación del territorio de la República, y que es indispensable o esencial a su existencia y funcionamiento.

Señala este artículo que los gobiernos locales:

a) Son entidades básicas de la organización territorial del Estado

Significa que los municipios son los entes que sirven de base a la organización territorial del Estado y son parte fundamental de su configuración y organización física. Esta norma se sustenta en el art. 189 de la Constitución (modificada por la Ley N° 27680 del 07/03/2002), que señala: “El Territorio de la República está integrado por regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se constituye y organiza el gobierno a nivel nacional, regional y local, en los términos que establece la Constitución y la ley, preservando la unidad e integridad del Estado y de la Nación. El ámbito del nivel regional de gobierno son las regiones y departamentos. El ámbito del nivel local de gobierno son las provincias, distritos y los centros poblados”.

b) Son canales inmediatos de participación vecinal

Es un rasgo esencial de las municipalidades y este artículo hace un reconocimiento al hecho histórico de que los gobiernos locales son entidades de naturaleza vecinal, siempre cercanas a su población y sus problemas. Por tanto, son las municipalidades el punto de encuentro entre la sociedad civil (con sus demandas y propuestas) y la sociedad política (el Estado). Esta disposición está relacionada con una serie de artículos que recorren el texto de la LOM, al regular los modos y mecanismos de participación ciudadana, el presupuesto participativo, los consejos de coordinación, etc.

c) Institucionalizan y gestionan con autonomía los intereses de sus correspondientes colectividades

Destaquemos que el término **institucionalizar** implica más que un cambio formal, ya que conlleva –además de gestionar en forma autónoma los intereses locales– tomar las medidas necesarias a fin de asegurar que los procesos de cambio, impulsados desde la municipalidad, sean permanentes en el futuro. Por tanto, las autoridades locales no pueden tomar una acción inmediateista para resolver un problema, que sería insostenible en el tiempo; por ejemplo, es moneda corriente que las nuevas autoridades tengan problemas de pago sobre deudas asumidas irresponsablemente por las autoridades salientes.

por el Concejo Municipal (alcaldes y regidores) y el alcalde” (SANTA MARÍA CALDERÓN, Luis y MÁLLAP RIVERA, Johnny. *Legislación municipal comentada*. Editora Normas Legales, Trujillo, 2003, p. 19).

d) Son promotores del desarrollo local

Por otro lado, les corresponde a los gobiernos locales ser promotores del desarrollo local. Este aspecto es muy importante y da continuidad histórica a un elemento introducido en la Constitución Política de 1979, por el cual las municipalidades dejaron de ser “dependencias del gobierno central”, “agencias del Estado” o “empresas municipales”, para convertirse en verdaderos **gobiernos locales**, con el deber ineludible de ser agentes de desarrollo local; lo que conlleva la elaboración de planes, convocatoria a la población, coordinación con otros niveles de gobierno, financiamiento y ejecución de obras municipales. Disposiciones similares tiene la LOM en el art. IV del Título Preliminar, que señala: “Los gobiernos locales representan al vecindario, promueven la adecuada prestación de los servicios públicos locales y el desarrollo integral, sostenible y armónico de su circunscripción”; el art. VI: “Los gobiernos locales promueven el desarrollo económico local, con incidencia en la micro y pequeña empresa, a través de planes de desarrollo económico local aprobados en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo”, y el art. 36 que precisa: “Los gobiernos locales promueven el desarrollo económico de su circunscripción territorial y la actividad empresarial local, con criterio de justicia social”.

Señala también el artículo que son elementos esenciales del gobierno local: el territorio, la población y, se adiciona, la organización. No se puede concebir una municipalidad sin la concurrencia de una población, asentada en un territorio determinado y con una autoridad común, que gestiona los intereses de dicha colectividad hacia el desarrollo económico y social.

En cuanto a la organización, esta conlleva la presencia de la autoridad, porque el Estado —como persona jurídica— actúa a través de órganos y entes para cumplir sus funciones específicas, y en cuanto a su contenido una organización de tipo administrativo es “el conjunto de normas jurídicas que regulan la competencia, relaciones jerárquicas, situación jurídica, formas de actuación y control de los órganos y entes en ejercicio de la función administrativa”⁽²⁾.

Por su parte la LOM, en su art. 26, dispone que: “La administración municipal adopta una estructura gerencial sustentándose en principios de programación, dirección, ejecución, supervisión, control concurrente y posterior. Se rige por los principios de legalidad, economía, transparencia, simplicidad, eficacia, eficiencia, participación y seguridad ciudadana, y por los contenidos en la Ley N° 2744. Las facultades y funciones se establecen en los instrumentos de gestión y la presente Ley”.

Finalmente, señala la norma que las municipalidades tienen personería jurídica de derecho público y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines. Es decir son sujetos de Derecho, que ejercen su autoridad y funciones en representación del Estado, de acuerdo a las funciones que le son propias.

Antonio María Hernández⁽³⁾ señala lo siguiente:

(2) DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. 3ª edición actualizada. Ediciones Ciudad Argentina; Buenos Aires, 1994, p. 359.

(3) HERNÁNDEZ, Antonio María. *Derecho Municipal. Parte General*. Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2003, p. 226.

“264. Las personas públicas estatales, entre las cuales se halla el municipio, tienen caracteres jurídicos.

Según Dromi, ellos son:

- a) Creación estatal. Las entidades estatales son creadas por el propio Estado, ya por ley formal o por decreto, y el Estado mismo, como persona pública, resulta de la decisión soberana del pueblo manifestada en ejercicio del poder constituyente. El acto de creación establece los cometidos públicos que toman a su cargo, así como también las reglas básicas de su organización.
- b) Personalidad jurídica propia. Es decir que las personas estatales pueden actuar por sí, en nombre propio, estar en juicio como actoras o demandadas, celebrar contratos en su nombre, etcétera; en suma, comprende la capacidad de administrarse a sí mismo en las competencias específicamente asignadas. La capacidad de derecho es esencial a la persona jurídica, y en esta materia no admite limitaciones, excepto la del ámbito funcional. Por eso no se conciben personas jurídicas incapaces o personas jurídicas parciales.
- c) Patrimonio estatal. Tales entidades son de ‘propiedad’ del Estado central, al menos su capital mayoritario en el caso de que hubiere concurrencia patrimonial con personas privadas. Además, ciertos bienes de ese patrimonio revisten la calidad de ‘bienes del dominio público’, del cual solo pueden ser titulares personas jurídico-públicas estatales.
- d) Asignación legal de recursos. Tienen o pueden tener por ley la percepción de algún impuesto o tasa, o reciben sus fondos regularmente del presupuesto general, o los han recibido en el momento de su creación, aunque después se manejen exclusivamente con los ingresos obtenidos de su actividad.
- e) Control de la administración central. Se lo ejerce a fin de que la actividad de tales entidades se coordine con el resto de la actividad estatal. El ámbito y extensión del control es variable y puede comprender: control de presupuesto (autorización o aprobación), control de inversión (Tribunal de Cuentas y Contaduría General de la Nación), designación del personal directivo del ente (presidente, directorio, etcétera), control de los actos por vía de recursos de alzada y control de legitimidad, intervención administrativa.
- f) Responsabilidad del Estado. Así como el Estado es responsable directamente por los actos y hechos de sus órganos, lo es indirectamente por los de sus entes o personas jurídicas estatales menores. Por ello, se entiende que no se puede demandar al Estado central por actos y hechos de sus entidades descentralizadas, ya que estas tienen personalidad jurídica propia; pero sí puede hacérselo en subsidio cuando tales entidades no pudieren responder patrimonialmente”.

ARTÍCULO II.- AUTONOMÍA

Los gobiernos locales gozan de autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia.

La autonomía que la Constitución Política del Perú establece para las municipalidades radica en la facultad de ejercer actos de gobierno, administrativos y de administración, con sujeción al ordenamiento jurídico.

CONCORDANCIAS:

Const. Arts. 194, 195
Ley N° 27783 Arts. 8, 9

 **COMENTARIO**

La autonomía de los municipios nace de su condición de gobierno local y de ser parte de un Estado descentralizado.

El art. 194 de la Constitución, señala que: “Las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno local. Tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Las municipalidades de los centros poblados son creadas conforme a ley”; y el art. 8 de la Ley N° 27783 - Ley de Bases de la Descentralización, define que “La autonomía es el derecho y la capacidad efectiva del Gobierno en sus tres niveles, de normar, regular y administrar los asuntos públicos de su competencia. Se sustenta en afianzar en las poblaciones e instituciones la responsabilidad y el derecho de promover y gestionar el desarrollo de sus circunscripciones, en el marco de la unidad de la nación. La autonomía se sujeta a la Constitución y a las leyes de desarrollo constitucional respectivas”.

El TC ha desarrollado el concepto de autonomía municipal, señalando que la Constitución Política del Estado “reconoce la **garantía institucional de la autonomía municipal**, en tres aspectos concretos: política, económica y administrativa. Se trata pues, de una garantía que el constituyente ha querido preservar para las municipalidades, confiriéndole protección constitucional contra su supresión y vaciamiento de sustancia, al limitar la intervención de los órganos legislativo y ejecutivo en la regulación de los asuntos públicos que son de su competencia. Como toda garantía institucional, la autonomía municipal es susceptible de ser objeto, en virtud de una ley, de desarrollo, regulación y limitaciones en su contenido, siempre que ellos se realicen dentro de los límites del orden competencial que la Constitución prevé y en respeto del contenido esencial de la institución, que no puede ser alterado”⁽⁴⁾.

Ha señalado también el TC que: “5. En el caso de la autonomía municipal, este Tribunal, en el Exp. N° 0013-2003-AI/TC, ha precisado que ‘(...) frente a la diversidad de significados y contenidos de la garantía institucional de la autonomía municipal, deben tenerse en consideración, principalmente: ‘(...) a) El contenido subjetivo u organizativo de la autonomía: la existencia de las municipalidades; b) El contenido objetivo o sustantivo de la autonomía, esto es, la autonomía como garantía de la gestión de los asuntos que interesen a la comunidad local, y c) El contenido institucional de la autonomía, que hace referencia a la posición de las municipalidades en el desempeño de sus funciones, es decir, la autonomía como ejercicio bajo la propia responsabilidad del ámbito de funciones públicas confiado por el legislador, con lo que se alude a cierto grado de libertad e independencia que caracteriza la posición de la actuación de las

(4) Cfr. STC Exp. N° 001-1996-I/TC.

municipalidades frente a injerencias de instancias superiores [FAULO LORAS, Antonio. *Fundamentos constitucionales de la autonomía local*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 256-257]”.

El art. 9 de la Ley de Bases de la Descentralización, señala las dimensiones de las autonomías, precisando que: “9.1. Autonomía política: es la facultad de adoptar y concordar las políticas, planes y normas en los asuntos de su competencia, aprobar y expedir sus normas, decidir a través de sus órganos de gobierno y desarrollar las funciones que le son inherentes. 9.2. Autonomía administrativa: es la facultad de organizarse internamente, determinar y reglamentar los servicios públicos de su responsabilidad. 9.3. Autonomía económica: es la facultad de crear, recaudar y administrar sus rentas e ingresos propios y aprobar sus presupuestos institucionales conforme a la Ley de Gestión Presupuestaria del Estado y las Leyes Anuales de Presupuesto. Su ejercicio supone reconocer el derecho a percibir los recursos que les asigne el Estado para el cumplimiento de sus funciones y competencias”.

Desde esa perspectiva, la autonomía municipal puede definirse como la capacidad que tienen las municipalidades en asuntos políticos, económicos y administrativos, ejerciendo de manera independiente, pero en el marco de la Ley, competencias y funciones que no pueden ser ejercidas por ninguna otra institución del Estado. En suma, lo que caracteriza a la autonomía es la capacidad de dictar sus propias normas, capacidad de organizarse, poder de gestión dentro de las competencias que le asigna la Constitución y la ley, y suficiencia financiera para recaudar, administrar sus rentas y decidir sus proyectos de inversión.

Sin embargo, dicha autonomía no es omnímoda, sino que está sujeta al marco Constitucional, tal como lo señala expresamente el artículo VIII del Título Preliminar de la LOM: “Los gobiernos locales están sujetos a las leyes y disposiciones que, de manera general y de conformidad con la Constitución Política del Perú, regulan las actividades y funcionamiento del Sector Público; así como a las normas técnicas referidas a los servicios y bienes públicos, y a los sistemas administrativos del Estado que por su naturaleza son de observancia y cumplimiento obligatorio. Las competencias y funciones específicas municipales se cumplen en armonía con las políticas y planes nacionales, regionales y locales de desarrollo”. El TC, con respecto a este tema, en la sentencia recaída en el Exp. N° 0007-2001-AA/TC, ha precisado que mediante la autonomía municipal se garantiza a los gobiernos locales “desenvolverse con plena libertad en los aspectos administrativos, económicos y políticos (entre ellos, los legislativos) (...). Sin embargo, autonomía no debe confundirse con autarquía, pues desde el mismo momento en que aquella le viene atribuida por el ordenamiento, su desarrollo debe realizarse con respeto a ese ordenamiento jurídico. Como ya lo precisara este Supremo Tribunal, autonomía “[N]o supone autarquía funcional al extremo que de alguna de sus competencias pueda desprenderse desvinculación parcial o total del sistema político o del propio orden jurídico en el que se encuentra inmerso cada gobierno municipal. En consecuencia, no porque un organismo sea autónomo deja de pertenecer al Estado, pues sigue dentro de él y, como tal, no puede apartarse del esquema jurídico y político que le sirve de fundamento a este y, por supuesto, a aquel f. j. 6, STC Exp. N° 007-2001-AI/TC”. En la STC Exp. N° 0038-2004-AI/TC, que “[S]i bien la Constitución ha establecido que los gobiernos locales gozan de la garantía institucional de la autonomía municipal en materia política, económica y administrativa, y que, además, son competentes para aprobar su organización interna y su presupuesto, ello no implica

que tales organismos gocen de una irrestricta discrecionalidad en el ejercicio de tales atribuciones, toda vez que, conforme al principio de unidad de la Constitución, esta debe ser interpretada como un todo, como una unidad donde todas sus disposiciones deben ser entendidas armónicamente'. Este Tribunal, en la sentencia recaída en el Exp. N° 0012-1996-I/TC, ha precisado el carácter restringido del concepto de autonomía de los órganos creados por la Constitución, estableciendo que: '(...) la autonomía es la capacidad de autogobierno para desenvolverse con libertad y discrecionalidad, pero sin dejar de pertenecer a una estructura general de la cual en todo momento se forma parte, y que está representada no solo por el Estado sino por el ordenamiento jurídico que rige a este'. En ese sentido, debe entenderse que dicha autonomía debe ser ejercida dentro del marco constitucional y legal". Asimismo, en la STC Exp. N° 510-2004-AA/TC, fundamento 2, este Colegiado manifestó: "(...) En la sentencia recaída en el Exp. N° 007-2002-AI/TC, este Tribunal ha precisado que la Constitución garantiza la autonomía municipal, en sus ámbitos político, económico y administrativo, en los asuntos de su competencia, por lo que un ejercicio enmarcado en tal premisa no puede vulnerar ni amenazar, per se, derechos constitucionales, salvo que dicho ejercicio se efectúe al margen del ordenamiento jurídico, y lesione derechos de los administrados u otros entes estatales o privados".

ARTÍCULO III.- ORIGEN

Las municipalidades provinciales y distritales se originan en la respectiva demarcación territorial que aprueba el Congreso de la República, a propuesta del Poder Ejecutivo. Sus principales autoridades emanan de la voluntad popular conforme a la Ley Electoral correspondiente.

Las municipalidades de centros poblados son creadas por ordenanza municipal provincial.

CONCORDANCIAS:

Const.: Art. 189



COMENTARIO

El origen del municipio fue un tema muy debatido en la doctrina. Sobre el particular, existen dos teorías contrapuestas: la **escuela sociológica o jusnaturalista** y la **escuela legalista**. Analizar sus aportes conlleva algo más que un ejercicio intelectual o una toma de posición doctrinaria y deriva en consecuencias prácticas para el municipio, como veremos.

La **escuela sociológica** concibe al municipio como una institución de derecho natural, impuesta por las exigencias de la vida humana, que nace espontáneamente de la contigüidad de las familias y por tanto no es creado por el Estado, sino solo reconocido en su existencia. Esta escuela gozó de gran estimación en nuestro continente, gracias a la difusión de la obra de Tocqueville (*La democracia en América*), donde se sostenía, al estudiar las instituciones municipales de Norteamérica que la comuna "es la única asociación que existe también en la naturaleza, donde quiera que se encuentren hombres reunidos se forma por sí misma (...)".

En el extremo se halla la **escuela legalista**, siendo su gran defensor y propulsor el jurista austriaco Hans Kelsen, para quien el municipio es una entidad territorial creada por la ley, con atribuciones delegadas por el Estado, las que pueden serle ampliadas, reducidas y aun suprimidas. Para esta escuela, el comienzo y el fin del municipio descansa en la ley, con prescindencia de los factores geográficos o sociológicos, que pueden o no ser considerados por el legislador.

Bajo la concepción legalista puede ocurrir –como de hecho ha ocurrido– que una porción de territorio reciba la denominación legal de municipio, sin que tenga los elementos fundamentales que lo caracteriza como tal, que es la densidad poblacional. O también puede ocurrir que, obtenida la categoría legal de municipio, con las atribuciones que le sean inherentes, disminuya luego su población, de modo tal que pierda sus elementos esenciales, con todo lo que puede significar en la falta de atención de las necesidades o ausencia de la dinámica pertinente para el desarrollo local, aunque conserve su calificación legal.

Posteriormente, se han planteado otras teorías sobre el origen del municipio, que se alejan de las posiciones clásicas antes referidas. Unas consideran que la esencia del municipio está dada por un conjunto de servicios públicos de ámbito local, su razón de ser sería entonces la satisfacción de las necesidades colectivas. Otras, que la esencia del municipio se define por la capacidad económica destinada a satisfacer las necesidades colectivas. Estas tendencias no han logrado respaldo en la doctrina, porque es indudable que el origen del municipio no se puede extraer de esos conceptos, no individualizan al municipio y la capacidad económica es una condición para la prestación de los servicios públicos, tan variable como la magnitud que tengan estos.

La posición que sí ha calado entre los municipalistas –y es un paso adelante de las escuelas clásicas–, es la que establece que la naturaleza del municipio es producto de la conjunción de los planteamientos del sociologismo y el legalismo. Bermejo y Gironés, sus dos grandes exponentes, sostienen que en el desarrollo del municipio se advierten la presencia de dos factores: el “natural” que le hace nacer como pueblo, como grupo humano espontáneo, y el “legal” que al reconocer su arraigo y vigorosa tradición, lo acoge como verdadera institución en vigencia plena⁽⁵⁾.

¿Cuál es la posición sobre el origen del municipio por la que ha optado el legislador peruano? Las Constituciones Políticas de 1979 y 1993 no definen al municipio. El Decreto Legislativo N° 052 –antepenúltima Ley Orgánica de Municipalidades– en su art. 2 definía al municipio como “comunidad de personas vinculadas por su relación de vecindad, dentro de los límites de un territorio y con capacidad para constituir un gobierno local”. La Ley N° 23853 –penúltima Ley Orgánica– omite dar una definición pero en el art. 14 señala que los municipios provinciales y distritales **nacen** de la demarcación territorial respectiva que aprueba el Congreso, a propuesta del Poder Ejecutivo. Redacción similar tiene la Ley N° 27972 –última y vigente Ley Orgánica de Municipalidades–, que en su art. III del Título Preliminar, señala: “Las municipalidades provinciales y distritales se originan en la respectiva demarcación territorial que aprueba el Congreso de la República, a propuesta del Poder Ejecutivo”. De lo expuesto se

(5) CASTIGLIONI GHIGLINO, Julio César. “Modificatorias a la Ley Orgánica de Municipalidades”. En: *Revista electrónica del Centro de Estudios del Derecho Municipal*. Año II, Número 3, 2008, p. 41.

podría concluir que la Ley Orgánica de Municipalidades adhiere a la Escuela Legalista, posición que asumen ciertos estudiosos del tema: “El hecho de que nuestra legislación municipal se adhiera a la escuela legalista determina que los municipios, que son de naturaleza socio-política, en lugar de ser ‘reconocidos’ por el Estado, resultan ‘naciendo’ ‘creados’ por la ley, que es un acto de naturaleza volitiva, política. Además, este nacimiento tiene la particularidad de ser indirecto, pues la ley peruana no crea municipios sino distritos y provincias que solo son unidades de demarcación territorial resultantes de la modificación del mapa político-administrativo. Una vez creados los distritos y provincias el legislador agrega ‘disposiciones complementarias’ para dotar a las nuevas circunscripciones de autoridades del Poder Ejecutivo y Poder Judicial, alertando de paso al Jurado Nacional de Elecciones sobre la previsión de elecciones municipales. Como es de advertir, según estos mecanismos, en estricto, no se ha producido la creación del municipio, tampoco la de la Municipalidad, apenas lo fue de la circunscripción territorial”⁽⁶⁾.

Sin embargo, si revisamos la Ley N° 27795 –Ley de Demarcación y Organización Territorial y su reglamento– D.S. N° 019-2003-PCM, encontraremos que para el caso de creación de nuevos distritos y provincias se deben acreditar el cumplimiento de requisitos previos como volúmenes mínimos de población, de infraestructura y equipamiento en servicios de salud, educación y saneamiento, entre otros, así como características geográfico-ambientales y urbanas, potencialidades económicas y condiciones territoriales de ubicación y accesibilidad; de lo que podemos inferir que la demarcación territorial que aprueba el Congreso, es el reconocimiento a una unidad poblacional asentada en un territorio por reagrupación natural.

Por tanto, la LOM asume una posición ecléctica: los municipios tienen su origen en la Ley, pero previamente las organizaciones territoriales deben haber generado, por agrupación espontánea, una población unida por su identidad histórica y cultural, su capacidad para demandar y mantener servicios básicos, así como contar con un ámbito geográfico donde se desarrollen sus relaciones sociales, económicas y jurídicas.

Este dispositivo señala que las autoridades municipales emanan de la voluntad popular, de acuerdo a la Ley electoral. Este es un punto muy importante, teniendo en cuenta que hasta 1980 las autoridades municipales no emanaban de la voluntad popular, sino que eran designadas directamente por el Gobierno central.

Este artículo desarrolla, aunque en otros términos, lo dispuesto por el art. 194 de la Constitución: “Los alcaldes y regidores son elegidos por sufragio directo, por un periodo de cuatro (4) años. Pueden ser reelegidos. Su mandato es revocable e irrenunciable conforme a Ley”.

La Ley N° 26864 - Ley de Elecciones Municipales, prescribe los requisitos y el modo de elección de los alcaldes y regidores de los Concejos Provinciales y Distritales, en todo el territorio nacional.

Para el caso de las autoridades de las municipalidades de centros poblados, se aplicará la Ley N° 28440, publicada el 29 de diciembre de 2004.

(6) MUÑOZ SOTO, Rafael. *Municipalidades: Manual de Organización y Funciones*. Normas Legales, Trujillo, 1993, p. XVII.

ARTÍCULO IV.- FINALIDAD

Los gobiernos locales representan al vecindario, promueven la adecuada prestación de los servicios públicos locales y el desarrollo integral, sostenible y armónico de su circunscripción.

CONCORDANCIAS:

Const. Art. 195



COMENTARIO

Este dispositivo define el carácter representativo de los gobiernos locales porque si bien emanan de la voluntad popular, no es el pueblo quien ejerce directamente el poder, sino por delegación a través de las autoridades elegidas.

Este artículo tiene una redacción similar al art. 3 de la derogada Ley de Municipalidades N° 23853, pero con la supresión del último párrafo de dicho artículo que señalaba: “No pueden ejercer las funciones de orden político que la Constitución y las leyes reservan para otros órganos del Estado, ni asumir representación distinta de la que corresponde a la administración de la actividades locales”. Precisión que marcaba una línea divisoria con el actuar de los prefectos y subprefectos de entonces, que fueron suprimidos mediante la Ley N° 28895, norma que asimismo ha establecido que las nuevas Autoridades Políticas son los Gobernadores y Tenientes Gobernadores en todo el territorio de la República.

Se establece que es finalidad de los gobiernos locales: a) representar al vecindario; b) promover la adecuada prestación de los servicios públicos locales; c) promover el desarrollo integral, sostenible y armónico de su circunscripción.

La primera finalidad es una expresión de la democracia representativa, las autoridades actúan ejerciendo representación del pueblo que los ha elegido y con estricta sujeción a la Constitución y a las leyes, a que hace referencia el art. VIII del presente Título Preliminar. En palabras de Enrique Bernaldes: “Los gobernantes ejercen el poder sometidos a las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen. Esto conforma el Estado de derecho, en la medida que el poder no se ejerce al arbitrio del gobernante. Así fue durante largo tiempo, y la tentación anda siempre rondando a los gobernantes y autoridades que no tienen vocación democrática ni solidez en su ética política”⁽⁷⁾.

En cuanto a la segunda finalidad, la prestación de los servicios públicos debe ser adecuada, conveniente o conforme a las circunstancias, y puede brindarlo directamente o a través de terceros, mediante el mecanismo de la concesión, a tenor del art. 32 de la LOM “Los servicios públicos locales pueden ser de gestión directa y de gestión indirecta, siempre que sea permitido por ley y que se asegure el interés de los vecinos, la eficiencia y eficacia del servicio y el adecuado control municipal. En toda medida

(7) BERNALDES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. 2ª edición, Constitución y Sociedad, Lima, 1996, p. 279.

destinada a la prestación de servicios deberá asegurarse el equilibrio presupuestario de la municipalidad”.

En cuanto a la tercera finalidad, por promoción del desarrollo integral debemos entender aquel cuyos beneficios son compartidos por todos los sectores de la circunscripción territorial respectiva, sin discriminación de ningún tipo; por desarrollo sostenible, aquel que involucra en forma coordinada mejoras de tipo económico, social y ecológico; desarrollo armónico, aquel que se produce como resultado de la participación equitativa en los beneficios, que permitan a todos los integrantes de una comunidad crecer a un ritmo homogéneo como resultado de la ejecución de obras y servicios e implementación de oportunidades para todos. Según la ONU: “El paradigma del desarrollo humano tiene cuatro componentes fundamentales: a) Productividad, es necesario que todas las personas participen plenamente en el proceso productivo de generación de ingresos y el empleo remunerado. b) Equidad, es necesario que todas las personas tengan igual acceso a la igualdad de oportunidades. c) Sostenibilidad, es menester asegurar el acceso a las oportunidades no sólo para las generaciones actuales, sino también para las futuras. d) Potenciación, el desarrollo debe ser efectuado por las personas, no sólo para ellas”⁽⁸⁾.

ARTÍCULO V.- ESTADO DEMOCRÁTICO, DESCENTRALIZADO Y DESCONCENTRADO

La estructura, organización y funciones específicas de los gobiernos locales se cimientan en una visión de Estado democrático, unitario, descentralizado y desconcentrado, con la finalidad de lograr el desarrollo sostenible del país.

En el marco del proceso de descentralización y conforme al criterio de subsidiariedad, el gobierno más cercano a la población es el más idóneo para ejercer la competencia o función; por consiguiente el Gobierno nacional no debe asumir competencias que pueden ser cumplidas más eficientemente por los gobiernos regionales, y estos, a su vez, no deben hacer aquello que puede ser ejecutado por los gobiernos locales.

CONCORDANCIAS:

Const. Arts. 43, 188, 189



COMENTARIO

Este artículo desarrolla los arts. 43 y 189 de la Constitución Política del Estado. El art. 43 señala: “La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes”, y el art. 189 que: “El territorio de la República está integrado por regiones, departamentos,

(8) Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo - PNUD. “El Desarrollo Humano 1995”.

provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se constituye y organiza el gobierno a nivel nacional, regional y local, en los términos que establece la Constitución y la ley, preservando la unidad e integridad del Estado y de la Nación. El ámbito del nivel regional de gobierno son las regiones y departamentos. El ámbito del nivel local de gobierno son las provincias, distritos y los centros poblados”.

En la sentencia (Exp. N° 006-2008-PI/TC), el TC ha desarrollado las implicancias del Perú como Estado unitario y descentralizado, del modo siguiente:

“9. El art. 43 de la Constitución Política del Perú señala que:

‘El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes’.

El Estado constituye una unidad, un todo, un universo; no obstante la vertiginosidad con la que avanzan los Estados modernos y la creciente población, que suma miles de millones en algunos casos como China, han creado la necesidad de transferir el poder, elemento básico para gobernar, a órganos especializados para una mejor administración del Estado. Es indudable que quien gobierna necesita del poder y lo ejercita para bienestar del componente social. El poder del Estado en consecuencia es único, pero hay que diferenciar el Estado unitario del centralista; en este último el poder recae en un solo órgano que se convierte en dominante de los poderes locales y particulares en los que además la subordinación orgánica al poder central es absoluta, con autoridad investida con competencias normativas en el Gobierno Central. En el Estado unitario y descentralizado, en cambio, el poder no se encuentra concentrado en un órgano único sino que se permite la posibilidad de transferir facultades de gobierno a entidades, denominadas por algunos como ‘organismos constitucionales autónomos’, que ayudan al desarrollo integral de la política nacional (artículo 189 de la Constitución), con poder incluso para dictar normas de ámbito territorial, pero en atención a las competencias asignadas por la propia Constitución del Estado que, como se dijo, constituye una unidad, razón ésta por la que un organismo del Estado al que se le ha conferido una parte de ese poder no puede ir más allá de lo que la propia Constitución le asigna”.

En suma, el Estado **es descentralizado**, por cuanto las funciones de los gobiernos pertenecientes al Estado se distribuyen entre los diferentes niveles (central, regional y local), mediante la transferencia de funciones y recursos a entidades autónomas, con facultades de decisión dentro de su jurisdicción. **Es unitario**, porque los gobiernos locales gozan de autonomía en los asuntos de su competencia pero no de soberanía, que es un atributo exclusivo del Estado, ni de autarquía, pues desde el mismo momento en que aquélla le viene atribuida por el ordenamiento, su desarrollo debe realizarse con respeto al ordenamiento jurídico general. Y **es desconcentrado**, porque la delegación de funciones y recursos a otras instancias implica que las entidades menores actúan en nombre del ente superior, sin independencia ni autonomía, como es el caso de los Ministerios. Marcial Rubio, grafica la diferencia entre descentralización y desconcentración con el siguiente ejemplo: “(...) se descentraliza la educación si las municipalidades asumen todo lo relativo a la conducción de los planes de estudio, los colegios, los profesores, los alumnos, etc, de su circunscripción. Si, en cambio, las decisiones sobre estos asuntos pasan del Ministerio de Educación a una Dirección Provincial de

educación que depende en última instancia del Ministerio, no habrá habido descentralización sino solo desconcentración⁽⁹⁾.

Otro tema importante con relación a este artículo lo constituye la referencia al “**criterio de subsidiariedad**”, denominación distinta a la que usa en el art. VII del Título Preliminar de la LOM donde se habla de “**principio de subsidiariedad**”, pero en esencia se trata de lo mismo, recogiendo lo dispuesto por el art. 4 de la Ley N° 27783 - Ley de Bases de la Descentralización, que señala: “La descentralización se sustenta y rige por los siguientes principios generales: f) Es subsidiaria: Las actividades de gobierno en sus distintos niveles alcanzan mayor eficiencia, efectividad y control de la población si se efectúan descentralizadamente. La subsidiariedad supone y exige que la asignación de competencias y funciones a cada nivel de gobierno, sea equilibrada y adecuada a la mejor prestación de los servicios del Estado a la comunidad”.

Profundicemos un poco más en este principio. La subsidiariedad en su expresión administrativa, significa que debe ser el gobierno más cercano a la población el llamado a ejercer la competencia o función. En consecuencia, el Gobierno nacional no debe asumir competencias que pueden ser cumplidas más eficientemente por los gobiernos regionales, y estos a su vez, no deben hacer aquello que puede ser ejecutado por los gobiernos locales. Pero más allá de la definición ¿Cómo debe aplicarse el principio de subsidiariedad? Intentemos una respuesta: las leyes pilares de la Descentralización (nos referimos al art. 4 de la Ley N° 27783 - Ley de Bases de la Descentralización, art. 8 de la Ley N° 27867 - Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales y arts. V y VII de la Ley N° 27972 - Ley Orgánica de Municipalidades), lo definen como un principio guía para las transferencias de competencias y responsabilidades a los órganos de gobierno más próximos a la población, cuando se encuentren en condiciones de ejercerlas con eficiencia. Tal definición no basta para su aplicación en un caso concreto. Es necesario interpretarlo en conexión con otros principios y normas de descentralización, en el marco de los objetivos trazados por la Constitución Política.

Un primer elemento de conexión con la subsidiariedad, es la relación Estado-descentralización. En términos generales, el fin esencial de la descentralización es conectar a la sociedad en la toma de decisiones, por lo que se transfiere (o devuelve) autonomías a los órganos subnacionales (regional o local), recortando la influencia totalizadora del Gobierno central. Tal reconocimiento, sin embargo, no debe romper las características que a este mismo Estado le otorga la Constitución del país. El artículo 43 de la Constitución señala: “(...) El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo, descentralizado y se organiza según el principio de separación de poderes”; en concordancia, el art. 189, modificado por la Ley N° 27680, prescribe: “El territorio de la República está integrado por regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se constituye y organiza el gobierno a nivel nacional, regional y local, en los términos que establecen la Constitución y la ley, preservando la unidad e integridad del Estado y de la Nación”. La unidad se configura así en el fundamento de la organización del Estado, por lo que la atribución de autonomías y competencias no puede efectuarse al margen de este sentido esencial de nuestra organización. Por ello, se debe tener en cuenta al momento de aplicar la subsidiariedad, que el objeto de la descentralización es, además de sus fines administrativos y económicos, preservar

(9) RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, p. 435.

la unidad del Estado. Ninguna competencia o función, bajo el amparo del principio de subsidiariedad, puede ser reclamada o asumida si se quiebra el elemental concepto de unidad estatal.

Un segundo elemento es el de la eficiencia, designado como criterio de selectividad y proporcionalidad por la Ley de Bases de la Descentralización (Ley N° 27783, art. 14.2. b), conforme al cual para determinar al órgano encargado de asumir una competencia concreta, es necesario realizar una proyección de capacidad de gestión efectiva, determinada en base a criterios técnicos y objetivos. Prima aquí el criterio de beneficio concreto de la población respecto del órgano que ejecutará la acción: el más cercano a la población primará en el caso de varios órganos con idéntica capacidad de gestión, pero puede ser soslayado cuando el mayor beneficio –cualitativo o cuantitativo– esté del lado del órgano inmediatamente superior. El Tribunal Constitucional ha establecido (Exp. N° 002-2005-PI/TC, §2, 50) que una materia solamente podrá ser asignada al Gobierno más próximo si a partir del análisis de la competencia discutida, esta concesión favorece a la población en un triple sentido: a) el propósito de la asignación debe ser congruente con los fines de la Constitución, adecuándose la solución concreta a los principios básicos de la descentralización; b) la solución arribada deber ser la más efectiva y adecuada admisible, pues tal prescindibilidad significa elegir entre las medidas posibles, la más “benigna”; y c) racionalmente, tal determinación de contenidos no debe afectar el funcionamiento de alguno de los gobiernos existentes, por lo que se buscará la conveniencia constitucional del resultado al cual se llegue.

Un tercer elemento es la participación civil, entendido en el sentido que la asignación de competencias debe favorecerla. Si en la eficiencia se pone el peso, mayormente, en los beneficios económicos; en la participación se buscará que la medida aliente la democracia participativa, cumpliendo así con los objetivos políticos de la descentralización (Ley N° 27783, art. 6). Muchos elementos, serán necesarios compulsar frente a los problemas concretos que se presenten al momento de aplicar el principio de subsidiariedad. Sin embargo, hemos querido anotar aquellos que conllevan una presencia permanente.

Por tanto, el principio de subsidiariedad entendido exclusivamente como criterio de cercanía del órgano con la población, debe ser superado. Por el contrario, aplicado en conjunción con los elementos de unidad del Estado, eficiencia y participación –dentro de los parámetros de la Constitución y las normas de desarrollo de la descentralización– cumplirá su función democratizadora del Estado, generando una mayor participación de la sociedad civil.

ARTÍCULO VI.- PROMOCIÓN DEL DESARROLLO ECONÓMICO LOCAL

Los gobiernos locales promueven el desarrollo económico local, con incidencia en la micro y pequeña empresa, a través de planes de desarrollo económico local aprobados en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo; así como el desarrollo social, el desarrollo de capacidades y la equidad en sus respectivas circunscripciones.

CONCORDANCIAS:

Const.	Art. 195
Ley N° 28015	Art. 4
Ley N° 27972	Art. 36

 **COMENTARIO**

El art. 195 de la Constitución señala que: “Los gobiernos locales promueven el desarrollo y la economía local, y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo”. Precisa además dicho artículo, que los gobiernos locales son competentes para: “2. Aprobar el plan de desarrollo local concertado con la sociedad civil. (...) 6. Planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones, incluyendo la zonificación, urbanismo y el acondicionamiento territorial”.

La promoción del desarrollo económico local, como una finalidad propia de las municipales, es uno de los logros más importantes reconocidos a los gobiernos locales a partir de la Constitución de 1979⁽¹⁰⁾. Anteriormente, las municipalidades solo se circunscribían a la prestación de los servicios públicos locales.

El presente artículo de la LOM reafirma que los gobiernos promueven el desarrollo económico local, precisando que se debe poner mayor énfasis en el crecimiento de la micro y pequeña empresa; y debe ser concordado con los siguientes artículos de la LOM: art. I: Las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno promotores del desarrollo local; art. IV: Los gobiernos locales representan al vecindario, promueven la adecuada prestación de los servicios públicos locales y el desarrollo integral, sostenible y armónico de su circunscripción; art. X: Los gobiernos locales promueven el desarrollo integral, para viabilizar el crecimiento económico, la justicia social y la sostenibilidad ambiental; art. 9: Corresponde al Concejo Municipal: 1. Aprobar los Planes de Desarrollo Municipal Concertados y el Presupuesto Participativo; art. 20: Son atribuciones del alcalde: 8. Dirigir la ejecución de los planes de desarrollo municipal; art. 36: Los gobiernos locales promueven el desarrollo económico de su circunscripción territorial y la actividad empresarial local, con criterio de justicia social; art. 73, numeral 2, son servicios públicos locales: 2.8: la promoción del desarrollo económico local para la generación de empleo; numeral 4. En materia de desarrollo y economía local: 4.1. Planeamiento y dotación de infraestructura para el desarrollo local, 4.2. Fomento de las inversiones privadas en proyectos de interés local, 4.3. Promoción de la generación de empleo y el desarrollo de la micro y pequeña empresa urbana o rural, 4.4. Fomento de la artesanía, 4.5. Fomento del turismo local sostenible, 4.6. Fomento de programas de desarrollo rural.

Pero es el art. 86 de la LOM el que desarrolla las funciones específicas dentro de esta competencia municipal, estableciendo funciones específicas exclusivas y compartidas de las municipalidades provinciales, y funciones específicas exclusivas de las municipalidades distritales. Nos remitimos a los comentarios de dicho artículo.

(10) El art. 254 de este texto Constitucional, señala que las municipalidades son competentes para: “(...) 8. Planificar el desarrollo de sus circunscripciones y ejecutar los planes correspondientes”.

ARTÍCULO VII.- RELACIONES ENTRE LOS GOBIERNOS NACIONAL, REGIONAL Y LOCAL

El gobierno en sus distintos niveles se ejerce dentro de su jurisdicción, evitando la duplicidad y superposición de funciones, con criterio de concurrencia y preeminencia del interés público.

Las relaciones entre los tres niveles de gobierno deben ser de cooperación y coordinación, sobre la base del principio de subsidiariedad.

CONCORDANCIAS:

Const. Art. 191

Ley N° 27783 Art. 49



COMENTARIO

Este artículo es concordante con el art. V, y creemos que bien pudo haber sido incluido en dicha norma, porque sus disposiciones se refieren a la organización administrativa del Estado en general y no específicamente de los gobiernos locales.

Este dispositivo se inscribe dentro de los objetivos administrativos de la Ley de Bases de la Descentralización N° 27783, cuyo art. 6 señala que: “La descentralización cumplirá, a lo largo de su desarrollo, con los siguientes objetivos: Objetivos Administrativos: c) Asignación de competencias que evite la innecesaria duplicidad de funciones y recursos, y la elusión de responsabilidades en la prestación de los servicios”; y el art. 49 de la misma norma, que prescribe: “Relaciones de coordinación y cooperación. 49.1. El Gobierno Nacional y los gobiernos regionales y locales mantienen relaciones de coordinación, cooperación y apoyo mutuo, en forma permanente y continua, dentro del ejercicio de su autonomía y competencias propias, articulando el interés nacional con los de las regiones y localidades. 49.2. El gobierno regional no puede interferir en la acción y competencias de las municipalidades de su jurisdicción. Puede celebrar y suscribir en forma indistinta, convenios de colaboración mutua y recíproca, y contratos de cualesquier naturaleza para fines comunes determinados, con arreglo a Ley. 49.3. Los gobiernos regionales y locales proporcionan la información requerida para mantener actualizados los distintos sistemas administrativos y financieros organizados a nivel nacional”.

Dentro de esta línea de acción, debe tenerse en cuenta el art. 75 de la LOM, que señala: “Ninguna persona o autoridad puede ejercer las funciones que son de competencia municipal exclusiva. Su ejercicio constituye usurpación de funciones. Las normas municipales en las materias establecidas en la presente ley, que estén en concordancia con las normas técnicas de carácter nacional, son de cumplimiento obligatorio por los ciudadanos y las autoridades nacionales y regionales respectivas. Solo por ley expresa y con las mismas formalidades exigidas para la aprobación de la presente ley, se establecen regímenes especiales transitorios por los cuales otros organismos públicos pueden ejercer competencias que son exclusivas de las municipalidades. El régimen especial transitorio debe tener un plazo determinado. Las municipalidades están obligadas a informar y realizar coordinaciones con las entidades con las que compartan competencias y funciones, antes de ejercerlas”; disposición concordante con el art. 38 de la LOM, que precisa: “El ordenamiento jurídico de las municipalidades

está constituido por las normas emitidas por los órganos de gobierno y administración municipal, de acuerdo al ordenamiento jurídico nacional. Las normas y disposiciones municipales se rigen por los principios de exclusividad, territorialidad, legalidad y simplificación administrativa, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del derecho administrativo. Ninguna autoridad puede avocarse a conocer o normar las materias que la presente ley orgánica establece como competencia exclusiva de las municipalidades. Las autoridades políticas, administrativas y policiales, ajenas al gobierno local, tienen la obligación de reconocer y respetar la preeminencia de la autoridad municipal en los asuntos de su competencia y en todo acto o ceremonia oficial realizada dentro de su circunscripción. Dichas autoridades no pueden interferir en el cumplimiento de las normas y disposiciones municipales que se expidan con arreglo al presente subcapítulo, bajo responsabilidad”.

Específicamente, en esta materia debe tenerse en cuenta el art. 121 de la LOM, que establece la finalidad de las relaciones entre los diferentes niveles de gobierno, precisa: “Las relaciones que mantienen las municipalidades con el Gobierno nacional, los gobiernos regionales y los poderes del Estado tienen por finalidad garantizar el ejercicio del derecho de iniciativa legislativa, la coordinación de las acciones de competencia de cada uno, así como el derecho de propuesta o petición de normas reglamentarias de alcance nacional. Estas relaciones implican respeto mutuo y atención a las solicitudes que se formulen recíprocamente”.

Con respecto al principio de subsidiariedad, nos remitimos al comentario realizado en el art. V del Título Preliminar.

ARTÍCULO VIII.- APLICACIÓN DE LEYES GENERALES Y POLÍTICAS Y PLANES NACIONALES

Los gobiernos locales están sujetos a las leyes y disposiciones que, de manera general y de conformidad con la Constitución Política del Perú, regulan las actividades y funcionamiento del Sector Público; así como a las normas técnicas referidas a los servicios y bienes públicos, y a los sistemas administrativos del Estado que por su naturaleza son de observancia y cumplimiento obligatorio.

Las competencias y funciones específicas municipales se cumplen en armonía con las políticas y planes nacionales, regionales y locales de desarrollo.

CONCORDANCIAS:

Const. Art. 195



COMENTARIO

Al comentar el art. III del Título Preliminar de la LOM, dejamos señalado el carácter de la autonomía municipal en asuntos económicos, políticos y administrativos; y de cómo dicha autonomía estaba limitada a materias de su competencia. Este artículo reafirma ese sometimiento de las municipalidades, en cuanto órganos del Estado, a la Constitución Política, a las leyes y disposiciones que regulan las actividades y funcionamiento del Sector Público.

Tal como el TC lo ha expuesto en su jurisprudencia, en el ejercicio de la garantía constitucional-institucional de autonomía, los gobiernos locales se encuentran vinculados por el principio de unidad del Estado, que se encuentra consagrado tanto en el artículo 43 de la Constitución, en cuanto declara que “(...) El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo, descentralizado y se organiza según el principio de separación de poderes”; como en su artículo 189, que dispone que: “El territorio de la República está integrado por regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se constituye y organiza el gobierno a nivel nacional, regional y local, en los términos que establecen la Constitución y la ley, preservando la unidad e integridad del Estado y de la Nación”.

ARTÍCULO IX.- PLANEACIÓN LOCAL

El proceso de planeación local es integral, permanente y participativo, articulando a las municipalidades con sus vecinos. En dicho proceso se establecen las políticas públicas de nivel local, teniendo en cuenta las competencias y funciones específicas exclusivas y compartidas establecidas para las municipalidades provinciales y distritales.

El sistema de planificación tiene como principios la participación ciudadana a través de sus vecinos y organizaciones vecinales, transparencia, gestión moderna y rendición de cuentas, inclusión, eficiencia, eficacia, equidad, imparcialidad y neutralidad, subsidiariedad, consistencia con las políticas nacionales, especialización de las funciones, competitividad e integración.

CONCORDANCIAS:

Const.	Art. 197
Ley N° 27783	Arts. 42, 43
Ley N° 26300	Arts. 2, 3, 7



COMENTARIO

Planeación quiere decir planificar, establecer planes de desarrollo local. La primera precisión es que esta norma define que la planeación (o planeamiento) **es un proceso**, es decir, no se trata del acto de elaboración de un documento, sino de un **sistema de planificación**.

Este sistema, tiene las siguientes características fundamentales: a) **es integral**, es decir global, debe involucrar a todas las partes y elementos que constituyen una circunscripción municipal; b) **es permanente**, término que debe entenderse en dos acepciones: la primera, que permanece en el tiempo (una planificación no se hace para un año, sino como una proyección a futuro) y la segunda, que lo planeado debe estar constantemente sujeto a evaluación para que sea eficaz y consolidarlo a través del tiempo; c) **es participativo**, porque busca articular a las municipalidades con los vecinos.

ARTÍCULO X.- PROMOCIÓN DEL DESARROLLO INTEGRAL

Los gobiernos locales promueven el desarrollo integral, para viabilizar el crecimiento económico, la justicia social y la sostenibilidad ambiental.

La promoción del desarrollo local es permanente e integral. Las municipalidades provinciales y distritales promueven el desarrollo local, en coordinación y asociación con los niveles de gobierno regional y nacional, con el objeto de facilitar la competitividad local y propiciar las mejores condiciones de vida de su población.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Arts. VII, 36



COMENTARIO

Este artículo es concordante con el art. I del Título Preliminar de la LOM, que prescribe: “Las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno promotores del desarrollo local, con personería jurídica de derecho público y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines”, y del art. IV, que precisa como finalidad de los gobiernos locales “representan al vecindario, promueven la adecuada prestación de los servicios públicos locales y el desarrollo integral, sostenible y armónico de su circunscripción” y del art. VI: “Los gobiernos locales promueven el desarrollo económico local, con incidencia en la micro y pequeña empresa, a través de planes de desarrollo económico local aprobados en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo; así como el desarrollo social, el desarrollo de capacidades y la equidad en sus respectivas circunscripciones”.

Otros artículos de la LOM, que guardan concordancia con este dispositivo, son: el inc. 1 del art. 9 que precisa que es atribución del Concejo Municipal, la aprobación de los planes de desarrollo concertado; inc. 8 del art. 20 que es atribución del alcalde dirigir la ejecución de los planes de desarrollo municipal; art. 36 Los gobiernos locales promueven el desarrollo económico de su circunscripción territorial y la actividad empresarial local, con criterio de justicia social; numeral a) del art. 73, es atribución de la municipalidad provincial planificar integralmente el desarrollo local y el ordenamiento territorial, en el nivel provincial; art. 97, que señala que los planes de desarrollo municipal concertados y sus presupuestos participativos tienen un carácter orientador de la inversión, asignación y ejecución de los recursos municipales.

TÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

CAPÍTULO ÚNICO

EL OBJETO Y ALCANCE DE LA LEY Y LAS CLASES DE MUNICIPALIDADES

ARTÍCULO 1.- OBJETO DE LA LEY

La presente ley orgánica establece normas sobre la creación, origen, naturaleza, autonomía, organización, finalidad, tipos, competencias, clasificación y régimen económico de las municipalidades; también sobre la relación entre ellas y con las demás organizaciones del Estado y las privadas, así como sobre los mecanismos de participación ciudadana y los regímenes especiales de las municipalidades.

CONCORDANCIAS:

Const.	Arts. 101, 106
Ley N° 27783	Arts. 41, 42, 43
Ley N° 27972	Arts. II, III, IV, VII, 2, 123



COMENTARIO

Este artículo tiene por finalidad delimitar el contenido y alcances de la LOM. Tiene una amplitud mayor que la derogada Ley N° 23853, que señalaba: “La presente Ley Orgánica norma la organización, autonomía, competencia, funciones y recursos de las Municipalidades, así como el régimen especial de la Capital de la República”.

Entre los nuevos criterios regulados por la LOM, se encuentran: la creación, el origen, la naturaleza, los tipos, la clasificación y el régimen económico de las municipalidades. Pero merecen resaltarse dos aspectos, que marcan una clara línea divisoria con su antecedente inmediato, y revela la nueva orientación de los gobiernos locales: a) la relación de las municipalidades entre ellas y con las demás organizaciones del Estado y las entidades privadas; y b) el mecanismo de participación ciudadana.

La interrelación es propia de una nueva orientación de los gobiernos locales, cuyo objeto fundamental es alcanzar el desarrollo de sus correspondientes jurisdicciones, que a su vez se engarce en el desarrollo integral del país. Y en el cumplimiento de esta meta, es necesario el concurso de las demás entidades estatales, locales, regionales y nacionales, y asimismo el concurso de la empresa privada en forma individual o asociada.

La participación ciudadana es un elemento trascendental para una democracia más activa y directa, con la finalidad de que las municipalidades no se alejen de las reales necesidades vecinales. Como dice Chirinos: “no solo porque desde el punto de vista teórico, la participación es un componente fundamental de la democracia local, sino porque es un hecho reconocido que las experiencias de gestión más exitosas han sido aquellas que han incorporado elementos de participación de los vecinos en la gestión municipal⁽¹¹⁾.”

Los gobiernos locales, como entidades básicas de la organización territorial del Estado, gozan de reconocimiento o rango constitucional y en tal sentido su naturaleza, organización, ámbitos y competencias han sido asignados por la Constitución propiamente o autorizado a ser abordadas mediante una ley de desarrollo constitucional.

El Tribunal Constitucional ha establecido el rol de la LOM dentro del régimen jurídico nacional (Exp. N° 0046-2004-PI/TC):

“8. La Constitución Política establece en su artículo 194 que: ‘[l]as municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno local. Tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Las municipalidades de los centros poblados son creadas conforme a ley’, sin que dicho dispositivo distinga entre municipalidades provinciales o distritales en general, sino solo en el caso de la Capital de la República, la que, por mandato del artículo 198 de la Carta Fundamental, tiene un régimen especial en las leyes de descentralización y en la Ley Orgánica de Municipalidades; de otro lado, dicho dispositivo también expone que la Municipalidad Metropolitana de Lima ejerce sus competencias dentro del ámbito de la provincia de Lima. Aunque no es materia del presente caso, cabe también señalar que por mandato del precepto acotado, las municipalidades de frontera también tienen un régimen especial en la Ley Orgánica de Municipalidades.

9. Por otro lado, la propia Constitución, en su artículo 195, regula de manera genérica al conjunto de facultades que deben ser ejercidas de manera excluyente y exclusiva por los gobiernos locales, lo que de por sí es insuficiente para que los gobiernos locales funcionen de manera adecuada y cumplan con las atribuciones que la Constitución les otorga; es por ello que se requiere de una norma ‘complementaria’ que desarrolle los preceptos constitucionales, más aún cuando la propia Constitución, en el inciso 10 del mismo artículo, dispone que los gobiernos locales son competentes para ejercer las demás atribuciones inherentes a su función, conforme a ley, lo que constituye una auténtica reserva de ley, la misma que debe ser implementada por el legislador ordinario –como ya ocurrió–, a través de una norma en los términos del artículo 106 de la Constitución, esto es, de una ley orgánica que permita regular la estructura y funcionamiento de los gobiernos locales.

10. Así, dado que la Ley Orgánica de Municipalidades ha sido dictada dentro del marco constitucional para determinar la competencia de los gobiernos locales, también forma parte del bloque de constitucionalidad y constituye

(11) CHIRINOS SEGURA, Luis. *La estructura de oportunidades de la participación ciudadana en los gobiernos locales*. Curso de Gestión Municipal. Asociación Civil Transparencia, Tema 9, Lima, 1999, p. 3.

un parámetro que puede y debe ser utilizado cuando se trate de realizar un control de constitucionalidad; la afirmación de que la precitada Ley Orgánica forma parte del referido bloque ya ha sido expuesta por el Tribunal Constitucional en la sentencia del Exp. N° 0689-2000-AC (f. j. 4.), lo que también ha sido afirmado cuando se ha hecho referencia a otras normas que forman parte del bloque de constitucionalidad, como es el caso de la Ley Orgánica del Poder Judicial (resoluciones recaídas en los Exps. N° 2483-2002-AA [f. j. 2] y N° 0669-2003-AA [f. j. 4]).”

La LOM entonces es, siguiendo la línea interpretativa del TC, una ley complementaria de la Constitución Política del Estado, que forma parte del bloque de Constitucionalidad, entendido este como “un conjunto normativo conformado por los preceptos contenidos en la misma Constitución y los preceptos contenidos en la ley de desarrollo constitucional y sus complementarias, dictados dentro del marco constitucional, que determina las características, competencias y atribuciones de un determinado órgano constitucional; conjunto normativo que es considerado como un todo o bloque (por ello su denominación) a los efectos del análisis de la constitucionalidad”⁽¹²⁾.

ARTÍCULO 2.- TIPOS DE MUNICIPALIDADES

Las municipalidades son provinciales o distritales. Están sujetas a régimen especial las municipalidades de frontera y la Municipalidad Metropolitana de Lima. Las municipalidades de centros poblados son creadas conforme a la presente ley.

CONCORDANCIAS:

Const. Arts. 194, 195
Ley N° 27972 Arts. 128, 151



COMENTARIO

En el régimen jurídico municipal peruano existen tres tipos de municipalidades: provinciales, distritales y las de centros poblados⁽¹³⁾ (que se crean por ordenanza municipal provincial, previa opinión favorable de la municipalidad distrital respectiva).

El Decreto Supremo N° 019-2003-PCM - Reglamento de la Ley N° 27795 - Ley de Demarcación Territorial, en su art. 4 define al distrito como “Circunscripción territorial base del sistema político-administrativo, cuyo ámbito constituye una unidad geográfica (subcuenca, valle, piso ecológico, etc.), dotado con recursos humanos, económicos

(12) BLUME FORTINI, Ernesto. *El rango de ley de las ordenanzas municipales en la Constitución de 1993*. Municipalidad de Lima Metropolitana, 1997, p. 185.

(13) En cuanto a su denominación, la derogada Ley N° 23853 les otorgó la denominación de “municipalidad delegada”, posteriormente por Ley N° 23854 se le cambió por la del nombre de municipalidad de “centro poblado menor”. La Constitución de 1993, recoge el término “municipalidad delegada”, y mediante la modificación constitucional de la Ley N° 27680 del 7 de marzo de 2002, se introduce el término “centros poblados”, que es la que usa la nueva LOM.

y financieros; asimismo, será apta para el ejercicio de gobierno y la administración. Cuenta con una población caracterizada por tener identidad histórica y cultural que contribuye con la integración y desarrollo de circunscripción”, y a la provincia como “Circunscripción territorial del sistema político administrativo, cuyo ámbito geográfico conformado por distritos, constituye una unidad geoeconómica con recursos humanos y naturales que le permiten establecer una base productiva adecuada para su desarrollo y el ejercicio del gobierno y la administración”.

Las municipalidades se clasifican en función de su jurisdicción y régimen especial. La Constitución de 1993 (antes de la modificatoria) prescribía en su art. 191 que las municipalidades provinciales y distritales y las delegadas conforme a ley, son órganos de gobierno local. Y en su art. 196, que tienen regímenes especiales la capital de la República, las capitales de departamento con ubicación fronteriza, la Provincia Constitucional del Callao y las provincias fronterizas.

Con la reforma constitucional de la Ley N° 27680, se modificaron el contenido y la numeración del articulado de la Constitución, disponiéndose en su art. 194 que las municipalidades provinciales y distritales son órganos de gobiernos local, quitando dicho estatus a las municipalidades de centros poblados. Y en su art. 198, que tienen régimen especial la capital de la República y las municipalidades de frontera (todas, y ya no solo las capitales de departamentos de ubicación fronteriza).

Este artículo desarrolla la reforma constitucional, precisando que son tipos de municipalidades: a) municipalidades provinciales; b) municipalidades distritales; y c) municipalidades de centros poblados. Asimismo, que tienen régimen especial: a) la capital de la República (Lima); y b) las municipalidades de frontera (las ubicadas en los departamentos de Tumbes, Amazonas, Loreto, Ucayali, Puno y Tacna).

La regulación de regímenes especiales obedece a la necesidad de distinguir a aquellas municipalidades que, por sus particulares características, no pueden ser reguladas igual que al resto. En el caso de la Municipalidad de Lima, es obvia su particularidad por las condiciones urbanas, densidad poblacional y complejidad de problemas que tienen que afrontar. Pero ¿qué significa un régimen especial? “En el caso de Lima, que es el único antecedente, ello significa la consideración de una serie de dispositivos que reconozcan, regulen y efectivicen las peculiares características que por su configuración política, geográfica, económica y demográfica y la densidad de los problemas sociales y económicos que en ella se presentan, la califican como localidad diferenciada”⁽¹⁴⁾. La LOM regula este régimen especial en el Título XIII - La Municipalidad Metropolitana de Lima, artículos 151 a 166.

En cuanto a las municipalidades de frontera, el art. 136 de la LOM, las define: “Las municipalidades de frontera son aquellas que funcionan en las provincias o los distritos limítrofes con un país vecino, por lo cual no puede tener la condición de municipio de frontera una provincia o distrito que no tenga esa condición aun cuando pertenezca a la misma región”.

Dentro de este mismo artículo debieron ser mencionadas las municipalidades rurales, que si bien no tienen un régimen especial en la Constitución ni en la LOM, tienen una regulación propia con respecto al régimen común, como por ejemplo que no están

(14) BERNALES BALLESTEROS, Enrique. Ob. cit., p. 279.

obligadas a adoptar la estructura administrativa básica que ordena la LOM. Inclusive, las municipalidades rurales son reguladas por la LOM (arts. 139 al 147), en el mismo capítulo que las municipalidades fronterizas y la de centros poblados.

ARTÍCULO 3.- JURISDICCIÓN Y RÉGIMENES ESPECIALES

Las municipalidades se clasifican, en función de su jurisdicción y régimen especial, en las siguientes:

En función de su jurisdicción:

1. La municipalidad provincial, sobre el territorio de la respectiva provincia y el distrito del cercado.
2. La municipalidad distrital, sobre el territorio del distrito.
3. La municipalidad de centro poblado, cuya jurisdicción la determina el respectivo concejo provincial, a propuesta del concejo distrital.

Están sujetas a régimen especial las siguientes:

1. Metropolitana de Lima, sujeta al régimen especial que se establece en la presente ley.
2. Fronterizas, las que funcionan en las capitales de provincia y distritos ubicados en zona de frontera.

CONCORDANCIAS:

Const. Art. 198
Ley N° 27972 Arts. 136, 151



COMENTARIO

El art. 3 de la LOM establece la jurisdicción de cada una de los tipos de municipalidades. Así, la municipalidad provincial tiene jurisdicción sobre la provincia respectiva y el distrito del cercado, el cual carece de municipalidad distrital. La municipalidad distrital sobre el territorio del distrito. La municipalidad de centro poblado, sobre el territorio que apruebe la ordenanza provincial de su creación.

Jurídicamente, hay mal uso del término “jurisdicción” en el mencionado artículo, defecto de técnica normativa muy frecuente que se repite en varias leyes orgánicas de municipalidades, por ejemplo, redacción similar tenía el art. 6 de la derogada Ley N° 23853. El doctor Juan Monroy Gálvez explica cómo se genera la confusión: “Prescindiendo de si se trata de órganos jurisdiccionales, administrativos o legislativos, suele considerarse –y algunos dispositivos así lo confirman– que cada uno de estos tiene un ámbito territorial de vigencia, de tal suerte que dentro de ese contexto sus funciones son plenamente válidas y eficaces. En el caso peruano, por ejemplo, si nos acercamos a una dependencia de la policía a denunciar un hecho, es posible que el encargado de atendernos nos diga que no puede registrar nuestra denuncia, porque el hecho ha ocurrido ‘fuera de su jurisdicción’. Sin perjuicio de la claridad del mensaje, no cabe duda que se trata de una acepción jurídicamente equivocada. Lo que se da

en llamar jurisdicción en este caso no es otra cosa que la competencia territorial de un órgano estatal"⁽¹⁵⁾.

En consecuencia, el término jurisdicción usado en dicho artículo debe entenderse en su sentido lato, como poder de una municipalidad para gobernar y ejecutar sus funciones dentro de un territorio determinado.

Esta competencia territorial, por supuesto, no significa un poder omnímodo de los órganos territoriales mayores sobre los menores, que violente su autonomía (en el caso de los distritos) o el ejercicio de una competencia delegada (en el caso de los centros poblados), sino un deber de coordinar políticas y acciones de desarrollo conjuntos o ejercer funciones de fiscalización, de acuerdo a Ley.

(15) MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al proceso civil*. Tomo I, Themis - De Belaunde & Monroy, Santa Fe de Bogotá, p. 205.

TÍTULO II

LA ORGANIZACIÓN DE LOS GOBIERNOS LOCALES

CAPÍTULO ÚNICO

LOS ÓRGANOS DE LOS GOBIERNOS LOCALES

ARTÍCULO 4.- LOS ÓRGANOS DE LOS GOBIERNOS LOCALES

Son órganos de gobierno local las municipalidades provinciales y distritales. La estructura orgánica de las municipalidades está compuesta por el concejo municipal y la alcaldía.

CONCORDANCIAS:

Const. Art. 194
Ley N° 27783 Art. 40
Ley N° 27972 Arts. 5, 6



COMENTARIO

Este artículo recoge el contenido del art. 194 de la Constitución Política (modificada por la Ley N° 27680), precisando que las municipalidades provinciales y distritales, son órganos de gobierno local. Asimismo, precisa la estructura orgánica de las municipalidades, compuesta por el Concejo Municipal y la alcaldía.

Norma concordante con este dispositivo es el art. V de la LOM, que precisa: “La estructura, organización y funciones específicas de los gobiernos locales se cimientan en una visión de Estado democrático, unitario, descentralizado y desconcentrado, con la finalidad de lograr el desarrollo sostenible del país”. Esto quiere decir que toda acción municipal debe respetar la visión de un Estado unitario (no legislar en contra o excluirse de normas de carácter nacional o regional, por ejemplo), y que –además de la prestación de los servicios públicos locales– se debe buscar el desarrollo sostenible de su jurisdicción y el desarrollo integral del país.

La estructura que señala este artículo, es distinta de la estructura orgánica regulada por los arts. 26, 27 y 28 de la LOM. Estos artículos regulan la estructura orgánica administrativa, o dentro del ámbito administrativo de las municipalidades, que comprende a la gerencia municipal, el órgano de auditoría interna, la procuraduría pública municipal, la oficina de asesoría jurídica y la oficina de planeamiento y presupuesto. Con la salvedad de las municipalidades rurales, que no están obligadas a adoptar la estructura administrativa a tenor del art. 142 de la LOM.

Ser **órganos de gobierno local**, significa que las municipalidades no son meras entidades administrativas, dependientes del Gobierno central o regional, sino que son

niveles descentralizados de gobierno, con autonomía y poder de decisión en los asuntos de su competencia y dentro de su jurisdicción. Como precisa el art. 40 de la Ley de Bases de la Descentralización: “Las municipalidades son órganos de gobierno local que se ejercen en las circunscripciones provinciales y distritales de cada una de las regiones del país, con las atribuciones, competencias y funciones que les asigna la Constitución Política, la Ley Orgánica de Municipalidades y la presente Ley. En la capital de la República el gobierno local lo ejerce la Municipalidad Metropolitana de Lima. En los centros poblados funcionan municipalidades conforme a ley”.

Las municipalidades no siempre han tenido la condición de gobierno local. Antes de la Constitución de 1979, los municipios se manejaban como dependencias del Gobierno nacional, y sus autoridades eran elegidas a dedo, directamente. Fue dicha Carta constitucional, quien introdujo el concepto de gobierno local, desarrollado luego por la Ley N° 23853, con el objetivo de liderar el desarrollo integral y sostenible de sus jurisdicciones.

Es importante tener en cuenta que la Ley N° 26997 - sobre la Conformación de Comisiones de Transferencia de la Administración Municipal y que regula el procedimiento de transferencia de la administración municipal a las nuevas autoridades electas, que es un procedimiento administrativo de interés público, de cumplimiento obligatorio y formal, prevé en su artículo 6 que el alcalde y los regidores deben **juramentar sus respectivos cargos para poder ejercerlos**; en consecuencia, el alcalde y regidores deben formalmente juramentar al cargo de manera obligatoria, para el inicio de cualquier gestión administrativa.

ARTÍCULO 5.- CONCEJO MUNICIPAL

El concejo municipal, provincial y distrital, está conformado por el alcalde y el número de regidores que establezca el Jurado Nacional de Elecciones, conforme a la Ley de Elecciones Municipales.

Los concejos municipales de los centros poblados están integrados por un alcalde y 5 (cinco) regidores.

El concejo municipal ejerce funciones normativas y fiscalizadoras.

CONCORDANCIAS:

Const. Arts. 194, 199
Ley N° 26864 Art. 24
Ley N° 27972 Arts. 4, 26, 27

ARTÍCULO 6.- LA ALCALDÍA

La alcaldía es el órgano ejecutivo del gobierno local. El alcalde es el representante legal de la municipalidad y su máxima autoridad administrativa.

CONCORDANCIAS:

Const. Art. 194
Ley N° 27972 Arts. 4, 11, 26, 27

 **COMENTARIO**

Estos artículos regulan la conformación y las competencias generales de los órganos que constituyen el gobierno local, normado en el art. 194 de la Constitución y el art. 4 de la LOM, a que hemos hecho referencia antes.

El Concejo Municipal

El presente artículo establece que el Concejo Municipal (provincial y distrital), está conformado por el alcalde y el número de regidores que establezcan el Jurado Nacional de Elecciones, los que están precisados en la R. N° 1229-2006-JNE, del 10 de junio del 2006, sobre la bases de lo dispuesto en el art. 24 de la Ley N° 26864 - Ley de Elecciones Municipales, que señala: “El número de regidores a elegirse en cada Concejo Municipal es determinado por el Jurado Nacional de Elecciones en proporción a su población. En ningún caso será inferior a cinco (5) ni mayor de quince (15). Se exceptúa al Concejo Provincial de Lima que tendrá treinta y nueve (39) regidores. El rango es el siguiente:

	CONCEJOS PROVINCIALES O DISTRITALES CON POBLACIÓN EN:	NÚMERO DE REGIDORES
1	500,001 a más habitantes	15
2	300,001 y hasta 500,000	13
3	100,001 hasta 300,000	11
4	50,001 hasta 100,000	9
5	25,001 hasta 50,000	7
6	25,000 o menos	5

En cuanto a los concejos municipales de centros poblados, están integrados por un alcalde y 5 (cinco) regidores, independientemente de su proporción poblacional.

El Concejo Municipal ejerce función normativa y fiscalizadora.

Función normativa es la “capacidad que tiene el Concejo Municipal para aprobar normas o disposiciones de carácter general en materias de su **competencia**, obligatorias en el ámbito de su jurisdicción, que regulan aspectos sustantivos de la vida social y económica de la comunidad. Es en esta función donde se visualiza mejor la representatividad del concejo como intérprete de la voluntad y se concretiza la **autonomía local**”⁽¹⁶⁾. La función normativa la ejerce a través de la emisión de ordenanza y acuerdo, dentro de los parámetros establecidos en los arts. 39, 40 y 41 de la LOM.

Función fiscalizadora, de acuerdo al mismo autor, revela el rol protagónico del Concejo Municipal dentro de la estructura del gobierno local “(...) porque si bien es verdad que el Concejo no es ejecutor directo de la marcha administrativa de la Municipalidad, como lo es el alcalde, sí tiene la responsabilidad de controlar sus normas y adecuado funcionamiento. O sea que no solamente en el momento legislativo, de creación de

(16) CASTRO POZO DÍAZ, Hildebrando. *Órganos de gobierno y estructura municipal*. Curso de Gestión Municipal, Tema 3, Asociación Civil Transparencia, Lima, 1999, p. 6.

las normas pertinentes al Concejo, evidencia su preeminencia, sino también cuando el conjunto de la administración tiene la obligación de rendir cuentas”⁽¹⁷⁾.

El art. 21 de la Ley de Bases de la Descentralización precisa también que los gobiernos locales son fiscalizados por el Concejo Municipal, de acuerdo a sus atribuciones, y por los ciudadanos de su jurisdicción, conforme a ley.

Debe entenderse la función fiscalizadora como una facultad general del Concejo como órgano y la que puede ejercer cada uno de los regidores de manera individualizada; de conformidad con el inc. 22 del art. 9 que señala que corresponde al Concejo Municipal “[a]utorizar y atender los pedidos de información de los regidores para efectos de fiscalización” y el inc. 4 del art. 10 de la LOM, que corresponden a los regidores las siguientes atribuciones y obligaciones: “Desempeñar funciones de fiscalización de la gestión municipal”. El art. 31 de la LOM “La prestación de los servicios públicos locales es fiscalizada por el Concejo Municipal conforme a sus atribuciones y por los vecinos conforme a la presente ley”. También es de aplicación la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 007-2003-AI/TC, que declaró infundada el pedido de inconstitucionalidad interpuesta por la Municipalidad Provincial de Sullana contra el inc. 22 del art. 9 de la LOM (véanse los comentarios en la parte pertinente).

Las atribuciones del Concejo Municipal están precisadas en el art. 9 de la LOM. Las atribuciones y obligaciones de los regidores en el art. 10. Las responsabilidades, impedimentos y derechos de los regidores en el art. 11. También le es de aplicación el art. 63 de la LOM, que señala: “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”.

Con respecto a la anterior Ley Orgánica de Municipalidades (Ley N° 23853 - derogada), hay un cambio sustantivo, ya que esta señalaba que corresponde a los concejos municipales también funciones administrativas; las que están proscritas para los regidores en la nueva LOM, de manera expresa por el segundo párrafo del art. 11: “Los regidores no pueden ejercer funciones ni cargos ejecutivos o administrativos, sean de carrera o de confianza, ni ocupar cargos de miembros de directorio, gerente u otro, en la misma municipalidad o en las empresas municipales o de nivel municipal de su jurisdicción. Todos los actos que contravengan esta disposición son nulos y la infracción de esta prohibición es causal de vacancia en el cargo de regidor”. Por tanto, las funciones administrativas son exclusivas de la alcaldía a través de la gerencia municipal, que es una institución nueva en el régimen municipal peruano, de conformidad con el art. 26 y 27 de la LOM. Esta prohibición ya había sido introducida en el sistema jurídico municipal por la Ley N° 26483, publicada el 17 de junio de 1995, que modificó el art. 38 de la derogada Ley N° 23853, en los términos siguientes: “Los Regidores no

(17) *Ibidem*, p. 7.

pueden ejercer cargos establecidos en el Cuadro de Asignación de Personal, sean de carrera o de confianza, ni ocupar cargos de miembros de Directorio, Gerente u otro de la misma Municipalidad o en las Empresas Municipales o de nivel municipal de su jurisdicción. Todos los actos que contravengan esta disposición son nulos. La infracción de la prohibición anterior es causal de vacancia del cargo de Regidor”.

Otro aspecto no recogido en la nueva LOM, es aquello que regulaba el art. 17 de la ley derogada, por el cual los regidores podían asumir funciones ejecutivas en determinadas área de servicios, a propuesta del alcalde y con el acuerdo del Concejo Municipal. Lo que se ha considerado en la nueva LOM, es la atribución del alcalde de delegar sus atribuciones políticas en un regidor hábil y las administrativas en el gerente municipal, de conformidad con el inc. 4 del art. 20 de la LOM.

La medida es acertada si el legislador de la nueva LOM ha optado por dotarles a la administración municipal de una estructura gerencial. Será el gerente municipal, bajo la autorización, control y supervisión del alcalde y el Concejo Municipal, quien adopte y ejecute las políticas pertinentes para la prestación adecuada de los servicios públicos y la búsqueda del desarrollo integral y sostenible del ámbito local.

Alcaldía

En cuanto a la alcaldía, se señala que es el órgano ejecutivo del gobierno local, que el alcalde es el representante legal y la máxima autoridad administrativa de la Municipalidad; disposición concordante con el art. 50 de la LOM, que precisa que la vía administrativa se agota con la decisión que adopte el alcalde, con excepción de los asuntos tributarios.

Las atribuciones del alcalde están precisadas en el art. 20 de la LOM. Sus derechos, obligaciones y remuneración en el art. 21. El alcalde ejerce sus funciones ejecutivas a través de la emisión de decretos de alcaldía y resuelve los asuntos administrativos a su cargo a través de resoluciones de alcaldía, de conformidad con los arts. 42 y 43 de la LOM; en cuanto a la administración municipal, lo realiza a través de la Gerencia Municipal, a tenor del art. 27 de la LOM, que señala: “La administración municipal está bajo la dirección y responsabilidad del gerente municipal, funcionario de confianza a tiempo completo y dedicación exclusiva designado por el alcalde, quien puede cesarlo sin expresión de causa. El gerente municipal también puede ser cesado mediante acuerdo del Concejo Municipal adoptado por dos tercios del número hábil de regidores en tanto se presenten cualesquiera de las causales previstas en su atribución contenida en el artículo 9 de la presente ley”.

Periodo de mandato

Mediante la Ley N° 27680, ley de reforma constitucional, se introduce el texto del art. 194 de la Constitución Política, precisándose que los alcaldes y regidores son elegidos por sufragio directo, por un periodo de cuatro (04) años. Pueden ser reelegidos sin límite de números de gestión. Su mandato es revocable e irrenunciable, conforme a ley.

ARTÍCULO 7.- ÓRGANOS DE COORDINACIÓN

Son órganos de coordinación:

1. El Consejo de Coordinación Local Provincial.
2. El Consejo de Coordinación Local Distrital.
3. La Junta de Delegados Vecinales.

Pueden establecerse también otros mecanismos de participación que aseguren una permanente comunicación entre la población y las autoridades municipales.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Arts. 98, 102, 106



COMENTARIO

Uno de los méritos de la LOM es haber reforzado los mecanismos de participación ciudadana como eje fundamental en la conducción de los gobiernos locales. Uno de estos mecanismos importantes es la participación de la ciudadanía en la formulación del presupuesto y en los planes de desarrollo local.

Desde esta óptica, se ha introducido en la LOM a los órganos de coordinación en cada nivel de gobierno local. Así tenemos, el Consejo de Coordinación Local Provincial, el Consejo de Coordinación Local Distrital y la Junta de Delegados Vecinales, pudiendo establecerse otros mecanismos de participación, con la condición que “aseguren una permanente comunicación entre la población y las autoridades municipales”. Es una fórmula abierta para que las municipalidades y sus respectivas poblaciones puedan establecer otros mecanismos de acuerdo a sus particularidades, creatividad y grados de intervención de la población involucrada. De este modo, se subsana un error de la ley anterior, que en lo referente a participación ciudadana, establecía una especie de *númerus clausus* (lista cerrada), que no permitía otra forma de participación que las expresamente señaladas en la Ley.

Los consejos de coordinación local provincial y distrital, están desarrollados en los arts. 92 y 102 de la LOM, a cuyos comentarios nos remitimos. Una precisión importante: ambos tipos de Consejos no ejercen funciones ni actos de gobierno. Sus atribuciones no pueden exceder los expresamente señalados los arts. 100 y 104 de la LOM.

Las Juntas vecinales están desarrolladas en el art. 106 de la LOM, a cuyo comentario nos remitimos. Tampoco pueden ejercer funciones y actos de gobierno, sus funciones están establecidas en el art. 107 de la LOM.

Estas formas de participación ciudadana se establecen sin desmedro de los Derechos de Participación y Control Vecinal, regulados en los arts. 111 a 120 de la LOM, de conformidad con la Ley N° 26300 - Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos.

ARTÍCULO 8.- ADMINISTRACIÓN MUNICIPAL

La administración municipal está integrada por los funcionarios y servidores públicos, empleados y obreros, que prestan servicios para la municipalidad. Corresponde a cada municipalidad organizar la administración de acuerdo con sus necesidades y presupuesto.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Arts. 26, 37



COMENTARIO

Teniendo en cuenta que la Administración Pública “[e]s el sistema de entidades y órganos administrativos cuya misión es brindar el servicio público para satisfacer las demandas sociales de la Nación. La Administración Pública es la estructura organizacional del Estado. Administración Pública es la organización social generada por voluntad del Estado para actuar a su servicio, en el contexto de la realidad nacional y en orden a los intereses que define el poder político. En tanto organización Política Administrativa, es el instrumento a través del cual se ejerce la función de gobierno y se desarrollan determinados procesos productivos de bienes y servicios en todo el territorio nacional”⁽¹⁸⁾, este artículo define quiénes integran la administración municipal, conformada por los funcionarios, servidores públicos, empleados y obreros.

Corresponde a cada municipalidad, en ejercicio de su autonomía administrativa, organizar la administración de acuerdo con sus necesidades y presupuesto, pero debe respetarse la estructura orgánica básica a que se refiere el art. 28 de la LOM.

(18) INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (INAP). *Terminología Básica de la Administración Pública*. Lima, 1984.

SUBCAPÍTULO I

EL CONCEJO MUNICIPAL

ARTÍCULO 9.- ATRIBUCIONES DEL CONCEJO MUNICIPAL

Corresponde al concejo municipal:

1. Aprobar los Planes de Desarrollo Municipal Concertados y el Presupuesto Participativo.
2. Aprobar, monitorear y controlar el plan de desarrollo institucional y el programa de inversiones, teniendo en cuenta los Planes de Desarrollo Municipal Concertados y sus Presupuestos Participativos.
3. Aprobar el régimen de organización interior y funcionamiento del gobierno local.
4. Aprobar el Plan de Acondicionamiento Territorial de nivel provincial, que identifique las áreas urbanas y de expansión urbana; las áreas de protección o de seguridad por riesgos naturales; las áreas agrícolas y las áreas de conservación ambiental declaradas conforme a ley.
5. Aprobar el Plan de Desarrollo Urbano, el Plan de Desarrollo Rural, el Esquema de Zonificación de áreas urbanas, el Plan de Desarrollo de Asentamientos Humanos y demás planes específicos sobre la base del Plan de Acondicionamiento Territorial.
6. Aprobar el Plan de Desarrollo de Capacidades.
7. Aprobar el sistema de gestión ambiental local y sus instrumentos, en concordancia con el sistema de gestión ambiental nacional y regional.
8. Aprobar, modificar o derogar las ordenanzas y dejar sin efecto los acuerdos.
9. Crear, modificar, suprimir o exonerar de contribuciones, tasas, arbitrios, licencias y derechos, conforme a ley.
10. Declarar la vacancia o suspensión de los cargos de alcalde y regidor.
11. Autorizar los viajes al exterior del país que, en comisión de servicios o representación de la municipalidad, realicen el alcalde, los regidores, el gerente municipal y cualquier otro funcionario.
12. Aprobar por ordenanza el reglamento del concejo municipal.
13. Aprobar los proyectos de ley que en materia de su competencia sean propuestos al Congreso de la República.
14. Aprobar normas que garanticen una efectiva participación vecinal.
15. Constituir comisiones ordinarias y especiales, conforme a su reglamento.

16. Aprobar el presupuesto anual y sus modificaciones dentro de los plazos señalados por ley, bajo responsabilidad.
17. Aprobar el balance y la memoria.
18. Aprobar la entrega de construcciones de infraestructura y servicios públicos municipales al sector privado a través de concesiones o cualquier otra forma de participación de la inversión privada permitida por ley, conforme a los artículos 32 y 35 de la presente ley.
19. Aprobar la creación de centros poblados y de agencias municipales.
20. Aceptar donaciones, legados, subsidios o cualquier otra liberalidad.
21. Solicitar la realización de exámenes especiales, auditorías económicas y otros actos de control.
22. Autorizar y atender los pedidos de información de los regidores para efectos de fiscalización.
23. Autorizar al procurador público municipal, para que, en defensa de los intereses y derechos de la municipalidad y bajo responsabilidad, inicie o impulse procesos judiciales contra los funcionarios, servidores o terceros respecto de los cuales el órgano de control interno haya encontrado responsabilidad civil o penal; así como en los demás procesos judiciales interpuestos contra el gobierno local o sus representantes.
24. Aprobar endeudamientos internos y externos, exclusivamente para obras y servicios públicos, por mayoría calificada y conforme a ley.
25. Aprobar la donación o la cesión en uso de bienes muebles e inmuebles de la municipalidad a favor de entidades públicas o privadas sin fines de lucro y la venta de sus bienes en subasta pública.
26. Aprobar la celebración de convenios de cooperación nacional e internacional y convenios interinstitucionales.
27. Aprobar las licencias solicitadas por el alcalde o los regidores, no pudiendo concederse licencias simultáneamente a un número mayor del 40% (cuarenta por ciento) de los regidores.
28. Aprobar la remuneración del alcalde y las dietas de los regidores.
29. Aprobar el régimen de administración de sus bienes y rentas, así como el régimen de administración de los servicios públicos locales.
30. Disponer el cese del gerente municipal cuando exista acto doloso o falta grave.
31. Plantear los conflictos de competencia.
32. Aprobar el cuadro de asignación de personal y las bases de las pruebas para la selección de personal y para los concursos de provisión de puestos de trabajo.
33. Fiscalizar la gestión de los funcionarios de la municipalidad.
34. Aprobar los espacios de concertación y participación vecinal, a propuesta del alcalde, así como reglamentar su funcionamiento.
35. Las demás atribuciones que le correspondan conforme a ley.

CONCORDANCIAS:

Const. Art. 199
Ley N° 28056 Arts. 1, 2
Ley N° 27972 Arts. 10:4), 32, 35, 64, 73, 97, 112, 127, 129, 137, 144

 **COMENTARIO**

Veamos cada una de las atribuciones, punto por punto:

1. Aprobar los planes de desarrollo municipal concertados y el presupuesto participativo

El art. IX de la LOM establece el sistema de planificación como criterio de conducción de la gestión municipal, señalando que la planeación local es un proceso integral, permanente y participativo, articulando a las municipalidades con sus vecinos, y tiene como objetivo establecer las políticas públicas de nivel local, teniendo en cuenta las funciones propias de cada municipalidad. Señala además que la planificación tiene como principios la participación ciudadana, transparencia, gestión moderna y rendición de cuentas, inclusión, eficiencia, eficacia, equidad, imparcialidad y neutralidad, subsidiariedad, consistencia con las políticas nacionales, especialización de las funciones, competitividad e integración. Los Planes de Desarrollo municipal concertados, están regulados en el art. 97 de la LOM y los Presupuestos Participativos en el art. 53 de la LOM, a cuyos comentarios nos remitimos.

2. Aprobar, monitorear y controlar el plan de desarrollo institucional y el programa de inversiones, teniendo en cuenta los planes de desarrollo municipal concertados y sus presupuestos participativos

La base legal para la formulación de programa de inversiones, es la Resolución Directoral N° 012-2007-EF/68.11, que aprueba la Directiva N° 005-2007-EF/68.11, Directiva para la Programación Multianual de la Inversión Pública de los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales, así como el Formato PMIP 02 - Ficha de Programación Multianual de la Inversión Pública, cuyo objeto es establecer las pautas y criterios que orienten la programación multianual de la inversión pública de los gobiernos regionales y los gobiernos locales, a fin de optimizar la asignación y la eficiencia en el uso de los recursos públicos. Los Programas Multianuales de Inversión Pública (PMIP) de los gobiernos regionales y locales se elaboran en el marco de los Planes de Desarrollo Concertado Regionales o Locales, según corresponda, y de los Lineamientos de Política y Prioridades establecidas en los Planes Estratégicos Sectoriales Multianuales (PESEM), teniendo en cuenta las competencias de su nivel de gobierno. El PMIP Local es aprobado por el órgano resolutorio del gobierno local, con acuerdo del Concejo Municipal, como parte del Plan de Desarrollo Local Concertado, una vez que la OPI haya verificado su consistencia. Dicha aprobación deberá realizarse antes de la incorporación de los proyectos del PMIP en el proyecto del presupuesto del Sector Público del siguiente año fiscal. Una vez aprobado el PMIP Local, la OPI comunica a la Oficina de Presupuesto, o al órgano que haga sus veces, del gobierno local, la relación de los proyectos priorizados a ser incorporados en el presupuesto del Sector Público del siguiente año fiscal. El PMIP comprende el conjunto de Proyectos de Inversión Pública (PIP), cuya ejecución esté prevista para los siguientes 3 años, articulado con el planeamiento de desarrollo concertado y el planeamiento estratégico institucional. La Oficina de Programación e Inversiones del Gobierno Local presenta el PMIP debidamente aprobado, bajo responsabilidad, a la Dirección General de Programación Multianual del Sector Público (DGPM), durante la fase de formulación presupuestaria. El Programa Multianual de Inversión Pública aprobado por el Órgano Resolutorio será publicado en la página web del gobierno regional o del gobierno local según corresponda. Los gobiernos locales

que carezcan de página web realizarán la citada publicación en carteles ubicados en su local institucional.

3. Aprobar el régimen de organización interior y funcionamiento del gobierno local

Esta facultad nace de la autonomía política reconocida a las municipalidades, que es la capacidad de autoorganizarse según sus propios intereses, pero sujetos a la estructura general del Estado y dentro de sus normas y políticas generales. “La autonomía política –explica Giannini– no es libertad de dirección política: los entes locales están limitados por la ley, mediante delimitación de atribuciones; por lo tanto fuera de sus atribuciones específicas pueden expresar su propio punto de vista (si y en cuanto sean entes generales), pero no pueden proveer. En segundo lugar están limitados por el control, y vale el principio general –hoy expresamente enunciado por las regiones– que no pueden adoptar acto en contraste con el interés general o que puedan dañar de manera grave intereses de otros entes territoriales. El control es por lo tanto parte del “sistema de la autonomía política”⁽¹⁹⁾.

Concordantes con este inciso, los gobiernos locales, mediante sesión de concejo, aprobarán su Reglamento de Organización y Funciones (ROF), Cuadro Analítico de Personal (CAP), Presupuesto Analítico de Personal (PAP), Manual de Organización y Funciones (MOF), Manual de Procedimientos Internos (MPI), el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) y otros documentos de gestión, teniendo en cuenta las Directivas del desactivo INAP, aún vigentes y los dispositivos:

- R.J. N° 059-77-INAP/DNR del 12/05/1977, que aprueba Normas para la formulación de Manuales de Procedimientos.
- D.S. N° 005-82-PCM, publicado el 02/02/1983, que aprueba las Directivas N°s 004 y 005-82-INAP/DNR, referidas a la formulación del Cuadro de Asignación de Personal (CAP) y el Reglamento de Organización y Funciones (ROF).
- R.J. N° 029-92-INAP/DTSA, publicada el 05/03/1992, Directiva sobre las pautas metodológicas para la conformación de Círculos de Mejoramiento Administrativo (CIMAS).
- R.J. N° 142-93-INAP/DNR, publicada el 17/06/1993, que aprueba el Instructivo Técnico para la Reorganización Administrativa y Reestructuración Orgánica de las Municipalidades.
- R.J. N° 095-95-INAP/DNR, publicada el 11/07/1995, que aprueba las Normas para la formulación del Manual de Organización y Funciones.

4. Aprobar el Plan de Acondicionamiento Territorial de nivel provincial, que identifique las áreas urbanas y de expansión urbana, las áreas de protección o de seguridad por riesgos naturales, las áreas agrícolas y las áreas de conservación ambiental declaradas conforme a ley

El art. 195 de la Constitución de la Constitución Política, señala que los gobiernos locales son competentes para “6. Planificar el desarrollo urbano y rural de sus

(19) GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto Administrativo*. 3ª edición, Vol. I, Giuffrè, Milán, 1993, p. 308. Citado por ZAS FRITZ BURGA, Johnny. Ob. cit., p. 33.

circunscripciones, incluyendo la zonificación, urbanismo y el acondicionamiento territorial”; y en materia de medio ambiente, el art. 67 precisa que: “El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales”, y el art. 68 que: “El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas”.

El Plan de Acondicionamiento Territorial –de acuerdo con la definición del art. 4 del D.S. N° 004-2011-VIVIENDA– Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano “es el instrumento técnico-normativo de planificación física integral en el ámbito provincial que orienta y regula la organización físico-espacial de las actividades humanas en cuanto a la distribución, jerarquía, roles y funciones de los centros poblados en los ámbitos urbano y rural; la conservación y protección del recurso y patrimonio natural y cultural; el desarrollo de la inversión pública y privada en los ámbitos urbano y rural del territorio provincial; y, la ocupación y uso planificado del territorio, para lograr el mejoramiento de los niveles y calidad de vida de la población urbana y rural, bajo el enfoque territorial prospectivo, competitivo y de sostenibilidad”.

En cuanto al procedimiento para la aprobación del plan de acondicionamiento territorial, debe ceñirse a lo estipulado en los arts. 40 al 49 del D.S. N° 004-2011-VIVIENDA - Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano.

De esta manera, los gobiernos locales asumen competencias y ejercen funciones específicas en materia de organización y el espacio físico del suelo en sus respectivas circunscripciones, lo cual comprende el acondicionamiento territorial establecido en el numeral 1.5 del art. 73 de la LOM, y el art. 79 de la LOM, numeral 1.1. regula la aprobación del Plan de Acondicionamiento Territorial como una función específica exclusiva de las municipalidades provinciales, correspondiéndole a las municipalidades distritales, conforme a su numeral 3.1, aprobar el plan urbano o rural distrital, con sujeción al plan y a las normas municipales provinciales. Nos remitimos a los comentarios de estos artículos.

5. Aprobar el Plan de Desarrollo Urbano, el Plan de Desarrollo Rural, el Esquema de Zonificación de áreas urbanas, el Plan de Desarrollo de Asentamientos Humanos y demás planes específicos sobre la base del Plan de Acondicionamiento Territorial

Este artículo señala que es función de los Concejos municipales, aprobar los siguientes documentos: a) Plan de Desarrollo Urbano; b) Plan de Desarrollo Rural; c) Esquema de zonificación de áreas urbanas; d) Plan de Desarrollo de Asentamientos Humanos, y todos los planes específicos sobre la base del Plan de Acondicionamiento Territorial; de conformidad con los numerales 1.2. y 3.1. del art. 79 de la LOM. Nos remitimos a los comentarios de estos artículos.

6. Aprobar el Plan de Desarrollo de Capacidades

Según el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), “El desarrollo de la capacidad es el proceso mediante el cual los individuos, grupos, organizaciones, instituciones y sociedades incrementan sus habilidades para realizar funciones esenciales, resolver problemas, definir y lograr objetivos y entender y responder a sus necesidades de desarrollo en un contexto amplio y de manera sostenible” (PNUD, 1997).

De acuerdo con el art. VI de la LOM, el desarrollo de capacidades forma parte de la promoción del desarrollo económico local; y el numeral 2.1 del art. 84 de la LOM, lo regula como una de las funciones específicas exclusivas de las municipalidades distritales: “Planificar y concertar el desarrollo social en su circunscripción en armonía con las políticas y planes regionales y provinciales, aplicando estrategias participativas que permitan el desarrollo de capacidades para superar la pobreza”.

7. Aprobar el sistema de gestión ambiental local y sus instrumentos, en concordancia con el sistema de gestión ambiental nacional y regional

La gestión ambiental es un tema actual y de particular importancia para el crecimiento económico y social sostenido. Este es un tópico que no estuvo suficientemente regulado en la ley derogada, ya que en el tiempo que estuvo en vigencia dicha norma, el derecho ambiental no tenía el desarrollo ni la urgencia que tiene el tema en la actualidad.

La LOM tiene varias normas que regulan el aspecto ambiental:

- El art. X del Título Preliminar señala que el desarrollo integral de los pueblos incluye la sostenibilidad ambiental.
- El art. 9 inc. 4 establece como atribución del Concejo Municipal, identificar las áreas de conservación ambiental.
- El art. 20 inc.13 establece como atribución del alcalde someter para la aprobación del concejo el sistema de gestión ambiental.
- El art. 61 señala que la petición de adjudicación de tierras al Estado, debe contener la evaluación de impacto ambiental.
- El art. 90 señala que en la construcción, reconstrucción, ampliación, modificación o reforma de cualquier inmueble deben tenerse en cuenta los estudios de impacto ambiental, conforme a ley.
- El art. 141 que establece como competencia adicional a los municipios rurales, la promoción de la gestión sostenible de los recursos naturales: suelo, agua, flora, fauna, biodiversidad, con la finalidad de integrar la lucha contra la degradación ambiental con la lucha contra la pobreza y la generación de empleo, en el marco de los planes de desarrollo concertado.

Y específicamente en el tema ambiental, el art. 73 de la LOM detalla que la protección y conservación del medio ambiente, conlleva: a) formular, aprobar, ejecutar y monitorear los planes y políticas locales en materia ambiental, en concordancia con las políticas, normas y planes regionales, sectoriales y nacionales; b) proponer la creación de áreas de conservación ambiental; c) promover la educación e investigación ambiental en su localidad e incentivar la participación ciudadana en todos sus niveles; d) participar y apoyar a las comisiones ambientales regionales en el cumplimiento de sus funciones; y e) coordinar con los diversos niveles de Gobierno nacional, sectorial y regional, la correcta aplicación local de los instrumentos de planeamiento y de gestión ambiental, en el marco del sistema nacional y regional de gestión ambiental.

8. Aprobar, modificar o derogar las ordenanzas y dejar sin efecto los acuerdos

Esta atribución es propia del ejercicio de la autonomía normativa de las municipalidades y de la condición de órgano normativo del Concejo Municipal, de conformidad con el art. 194 de la Constitución Política del Estado.

Existe un error en la redacción del inciso ya que, de una interpretación literal, el concejo tendría la atribución de aprobar, modificar o derogar las ordenanzas, y con respecto a los acuerdos solo la de dejarlos sin efecto. Naturalmente, este no es el sentido de la norma.

El art. 39 de la LOM señala que los concejos municipales ejercen sus funciones de gobierno mediante la aprobación de ordenanzas y acuerdos, y los asuntos concernientes a su organización interna lo resuelven a través de resoluciones de concejo.

Por tanto, en una interpretación sistemática de la Constitución y la LOM, los concejos municipales pueden aprobar, modificar o derogar las ordenanzas, los acuerdos y las resoluciones de concejo, con autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia.

Para mayor información sobre las normas municipales véase nuestro comentario a los arts. 38 y siguientes de la LOM.

9. Crear, modificar, suprimir o exonerar de contribuciones, tasas, arbitrios, licencias y derechos, conforme a ley

Este inciso tiene que ser concordado con el art. 74 de la Constitución Política (primer y segundo párrafo), que señala:

“Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles o tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo.

Los gobiernos locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de estas, dentro de su jurisdicción y con los límites que señala la ley. El Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de la ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona. Ningún tributo puede tener efecto confiscatorio”.

Al igual que la Constitución en el art. 195, el presente dispositivo señala que la atribución municipal es con respecto a contribuciones, tasas, arbitrios, licencias y derechos, lo que si bien técnicamente es innecesario –teniendo en cuenta que dentro del término genérico de **tasas** se incluye a los **arbitrios** (que son tasas por servicios públicos), los **derechos** (que son tasas por servicios administrativos) y las **licencias** (que son tasas por apertura de establecimientos)– creemos que el legislador ha buscado *ex profeso* dejar claramente establecido que la atribución incluye a los arbitrios, los derechos y las licencias.

Para mayor información sobre el tema de tributación municipal, véase nuestros comentarios al art. 69 de la LOM.

10. Declarar la vacancia o suspensión de los cargos de alcalde y regidor

La declaratoria de vacancia debe realizarse siguiendo las reglas establecidas en los arts. 11, 22, 23, 24 y 63 de la LOM. La declaración de suspensión, los arts. 12 y 25 de la LOM. Para mayor información véase nuestro comentario a los artículos indicados.

11. Autorizar los viajes al exterior del país que, en comisión de servicios o representación de la municipalidad, realicen el alcalde, los regidores, el gerente municipal y cualquier otro funcionario

El control del Concejo Municipal respecto de la oportunidad y conveniencia de un viaje al exterior del país, del alcalde y los regidores, lo consideramos un acierto (no estaba regulado en la ley anterior) y es propio del ejercicio fiscalizador del concejo. Solo será necesario autorizar los viajes al exterior en comisión de servicios. Si el alcalde viaja fuera de la localidad pero dentro del país, bastará la emisión de una resolución de alcaldía, dejando el cargo al primer regidor hábil de su propia lista.

Si bien la norma señala que deberá solicitarse autorización solo en caso de viaje al exterior en comisión de servicios, no siendo necesario para el caso de asuntos personales; nosotros recomendamos que debe solicitarse autorización también en este último caso, si por asuntos imprevistos no pudiera retornar al país por un tiempo mayor de treinta días; ya que en este caso, no contando con autorización del concejo, se incurrirá en causal de vacancia, a tenor del inciso 4 del art. 22 de la LOM; otra causal de vacancia que podría configurarse es la de inconcurrencia injustificada a tres (3) sesiones ordinarias consecutivas, prescrito en el inciso 7 del art. 22 de la LOM.

12. Aprobar por ordenanza el reglamento del Concejo Municipal

El inc. 1 del art. 195 de la Constitución señala que los gobiernos locales son competentes para aprobar su organización interna; y el numeral 9.2. del art. 9 de la Ley de Bases de la Descentralización, señala las dimensiones de las autonomías, precisando que la autonomía administrativa es la facultad de organizarse internamente.

El presente artículo señala como una atribución del concejo emitir su propio reglamento, a través de una ordenanza, lo que guarda concordancia con el art. 40 de la LOM, que al definir las ordenanzas señala que son las normas de carácter general de mayor jerarquía en la estructura normativa municipal por medio de las cuales aprueba su organización interna. De este modo, al aprobar el reglamento del concejo, lo hace en mérito a su autonomía administrativa y en ejercicio de su función normativa.

Disposición concordante con este numeral es el inciso 14 del art. 20 de la LOM, que regula que son atribuciones del alcalde “[p]roponer al Concejo Municipal los proyectos de reglamento interno del Concejo Municipal, los de personal, los administrativos y todos los que sean necesarios para el gobierno y la administración municipal”.

13. Aprobar los proyectos de ley que en materia de su competencia sean propuestos al Congreso de la República

El art. 195 de la Constitución, de conformidad con la modificatoria introducida por la Ley N° 27680 - Ley de Reforma Constitucional del Capítulo XIV del Título IV, sobre Descentralización, publicada el 07/03/2002, dispone como competencia municipal, presentar iniciativas legislativas en materias y asuntos de su competencia; facultad que no estaba contemplada en el texto original de la Carta de 1993.

Esta es una atribución nacida de la naturaleza de las cosas, quién mejor que las municipalidades para recoger y analizar las necesidades u omisiones legislativas. Y es, sobre todo, una expresión del reconocimiento de las municipalidades como verdaderos órganos de gobierno local.

La LOM, en su art. 123, y en concordancia con este inciso, garantiza la iniciativa legislativa, en los términos siguientes: “Las relaciones que mantienen las municipalidades con el Gobierno Nacional, los Gobiernos Regionales y los Poderes del Estado, tienen por finalidad **garantizar el ejercicio del derecho de iniciativa legislativa**, la coordinación de las acciones de competencia de cada uno, así como el derecho de propuesta o petición de normas reglamentarias de alcance nacional. Estas relaciones implican respeto mutuo y atención a las solicitudes que se formulen recíprocamente”.

Por su parte, el inciso 2 del art. 113, establece que “[e]l vecino de una jurisdicción municipal puede ejercer su derecho de participación vecinal en la municipalidad de su distrito y su provincia, mediante uno o más de los mecanismos siguientes: (...) 2. Iniciativa en la formación de dispositivos municipales”, y el art. 114 señala que “[l]a iniciativa en la formación de dispositivos municipales es el derecho mediante el cual los vecinos plantean al gobierno local la adopción de una norma legal municipal de cumplimiento obligatorio por todos o una parte de los vecinos de la circunscripción o del propio Concejo Municipal. La iniciativa requiere el respaldo mediante firmas, certificadas por el Reniec, de más del 1 % (uno por ciento) del total de electores del distrito o provincia correspondiente. El Concejo Municipal, a propuesta del alcalde, aprobará las normas para el ejercicio de la iniciativa a que se refiere el presente artículo”.

14. Aprobar normas que garanticen una efectiva participación vecinal

La participación es un derecho fundamental de la persona, de conformidad con el inc. 17 del art. 2 de la Constitución, que señala que toda persona tiene derecho “A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum”.

La participación es también un derecho y deber político, a tenor del art. 31 de la Carta fundamental, que señala: “Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas. Tienen también el derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica. Es derecho y deber de los vecinos participar en el gobierno municipal de su jurisdicción. La ley norma y promueve los mecanismos directos e indirectos de su participación. Tienen derecho al voto los ciudadanos en goce de su capacidad civil. Para el ejercicio de este derecho se requiere estar inscrito en el registro correspondiente. El voto es personal, igual, libre, secreto y obligatorio hasta los setenta años. Es facultativo después de esa edad. La ley establece los mecanismos para garantizar la neutralidad estatal durante los procesos electorales y de participación ciudadana. Es nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos” (artículo modificado por Ley N° 28480, publicada el 30/03/2005).

En concordancia con el texto constitucional, la LOM ha establecido una serie de mecanismos y normas que tienen como objetivo implementar y promover la participación ciudadana.

En primer lugar, el art. 113, en forma específica, ha establecido que el vecino de una jurisdicción municipal puede ejercer su derecho de participación vecinal en la municipalidad de su distrito y su provincia, mediante uno o más de los mecanismos siguientes: 1. derecho de elección a cargos municipales; 2. iniciativa en la formación de dispositivos

municipales; 3. derecho de referéndum; 4. derecho de denunciar infracciones y de ser informado; 5. cabildo abierto, conforme a la ordenanza que lo regula; 6. participación a través de Juntas Vecinales, comités de vecinos, asociaciones vecinales, organizaciones comunales, sociales u otras similares de naturaleza vecinal; 7. comités de gestión.

Otras normas que tienen que ver con la participación ciudadana, son:

- Son atribuciones del alcalde, proponer al Concejo Municipal espacios de concertación y participación vecinal (inc. 34 del art. 20 de la LOM).
- La participación como principio de la administración municipal (art. 26 de la LOM).
- Incentivar la participación ciudadana en todos los niveles para la protección y conservación del ambiente (numeral 3 del art. 73 de la LOM).
- Promover, apoyar y reglamentar la participación vecinal en el desarrollo local, establecer instrumentos y procedimientos de fiscalización, organizar los registros de organizaciones sociales y vecinales de su jurisdicción (Numeral 5 del art. 73 de la LOM).
- Difundir y promover la participación del niño, del adolescente, de la mujer y del adulto mayor en las instancias municipales (Numeral 6 del art. 73 de la LOM).
- Facultad de organizar comités multisectorial de prevención del consumo de drogas, con participación de los vecinos (última parte del art. 73 de la LOM).
- Promover espacios de participación, educativos y de recreación destinados a adultos mayores de la localidad (numeral 17 del art. 82 de la LOM).
- Participación vecinal en el Programa del Vaso de Leche (art. 84 de la LOM).
- Participación de la sociedad civil en la Seguridad Ciudadana (art. 85 de la LOM)
- Junta de Delegados Vecinales Comunales (arts. 106 y 107 de la LOM).
- Para efectos de la participación vecinal, las municipalidades ubicadas en zonas rurales deben promover a las organizaciones sociales de base, vecinales o comunales, y a las comunidades nativas y afroperuanas, garantizando su convocatoria para las sesiones de concejo. (art. 144 de la LOM)
- Aprobar planes y programas metropolitanos en materia de participación ciudadana (numeral 12 del art. 157 de la LOM).
- Promover y organizar la activa participación de los vecinos en el gobierno de la Municipalidad Metropolitana de Lima y de las municipalidades distritales que la integran (numeral 24 del art. 157 de la LOM).

15. Constituir comisiones ordinarias y especiales, conforme a su reglamento

Norma concordante con este inciso es lo dispuesto en el inc. 5 del art. 10 de la LOM que señala que es atribución y obligación de los regidores integrar, concurrir y participar en las sesiones de las comisiones ordinarias y especiales que determine el reglamento interno del concejo y en las reuniones de trabajo que determine o apruebe el Concejo Municipal.

Las comisiones de regidores cumplirán labores siempre dentro del marco de sus atribuciones normativas y fiscalizadoras, y bajo ningún concepto este inciso autoriza a realizar funciones administrativas o ejecutivas; caso contrario, estarían incurriendo en la prohibición del art. 11 y ser pasibles de vacancia. Por ejemplo, en la Resolución N° 005-2012-JNE, se cuestionó a dos regidores, haber integrado la comisión de evaluación de contrato para docentes, el JNE resolvió su vacancia, basado en los siguientes argumentos:

“En el desarrollo de la sesión ordinaria de fecha 4 de marzo de 2011 se aprecia lo siguiente: ‘(...) Orden del día: Seguidamente se pasa a conformar la comisión para la evaluación de docentes para contrato para la [sic] IE Ernestina Villar Quenti y Simón Bolívar de Iscap, (...) quedando conformada la comisión evaluadora de docentes del siguiente modo: presidente, regidor Antonio Roger Chauca Cano, secretario regidora Yemila Manuela Aguirre Pérez, miembro N° 01 Presidente de aula de la I.E Ernestina Villar Alba-Quenti, miembro N° 02, Presidente de aula I.E Simón Bolívar Iscap’.

Además, obra en autos el acta del proceso de evaluación para contrato de docentes de fecha 25 de marzo de 2011 en la cual la comisión de evaluación calificó los expedientes presentados por los postulantes y se les asignó los puntajes correspondientes, así como de las entrevistas realizadas. Asimismo, se consigna el resultado del proceso en el que aparece con mayor puntaje Lizeth Rosario Chauca Chauca. Concluido el proceso acordaron elevar el informe correspondiente a la alcaldía con los documentos respectivos. Dicha acta está suscrita por los regidores Antonio Roger Chauca Cano y Yemila Manuela Aguirre Pérez, como presidente y secretaria, respectivamente, de la referida comisión.

Asimismo, obra en autos el Contrato de Locación de Servicios N° 034-2011-MDST/A celebrado entre la Municipalidad Distrital de Santo Toribio representada por su alcalde y Lizeth Rosario Chauca Chauca para que preste servicios como docente de aula.

De la valoración conjunta de los citados medios de prueba, este Supremo Tribunal Electoral arriba a la convicción de que los regidores Antonio Roger Chauca Cano y Yemila Manuela Aguirre Pérez han evaluado a las personas que postularon a una plaza de docente en el distrito de Supe, tal como se evidencia del ‘acta del proceso de evaluación para contrato de docentes’, en cuyo contenido se aprecia que ambos regidores calificaron los expedientes presentados por los postulantes y los entrevistaron. Asimismo, otorgaron el resultado final de la calificación que dio como ganadora a Lizeth Rosario Chauca Chauca, cuyo contrato fue suscrito por el alcalde.

En efecto, tal conducta de los regidores, a juicio de este órgano electoral, constituye una función administrativa que está reservada al personal administrativo del municipio y por ende implica una afectación al deber de fiscalización que es propio del cargo de regidor. Además, el accionar de los regidores produjo efectos jurídicos, cual es la contratación de Lizeth Rosario Chauca Chauca en el municipio. Por ello, dicho accionar cuestionado contraviene lo establecido en el segundo párrafo del artículo 11 de la LOM, conforme lo ha establecido también este Pleno en la Resolución N° 306-2010-JNE, en un caso similar al de autos. Es propicio señalar que el ejercicio de la atribución establecida en el artículo 9, inciso 15, de la LOM, esto es conformar comisiones ordinarias y especiales, se desarrolla en función de las limitaciones que dicho cuerpo legal establece, conforme se ha establecido en la Resolución N° 194-2010-JNE”.

16. Aprobar el presupuesto anual y sus modificaciones dentro de los plazos señalados por ley, bajo responsabilidad

El presupuesto municipal se rige por las siguientes normas: arts. 20 incs. 9 y 10, 53, 100 y 104 de la LOM.

En el caso que el Concejo no apruebe el presupuesto dentro del plazo establecido, lo aprobará el alcalde, de conformidad con el inc. 10 del art. 20 de la LOM.

17. Aprobar el balance y la memoria

El alcalde, bajo responsabilidad, someterá a aprobación del Concejo Municipal, dentro del primer trimestre del ejercicio presupuestal siguiente y bajo responsabilidad, el balance general y la memoria del ejercicio económico fenecido, de conformidad con el numeral 11 del art. 20 de la LOM.

Asimismo, fenecido el ejercicio presupuestal, bajo responsabilidad del gerente municipal o de quien haga sus veces, se formula el balance general de ingresos y egresos y se presenta la memoria anual, documentos que deben ser aprobados por el Concejo Municipal dentro de los plazos establecidos por el Sistema Nacional de Contabilidad, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 54 de la LOM.

18. Aprobar la entrega de construcciones de infraestructura y servicios públicos municipales al Sector Privado a través de concesiones o cualquier otra forma de participación de la inversión privada permitida por ley, conforme a los artículos 32 y 35 de la presente ley

Según el inc. 24 del art. 20 de la LOM, es atribución del alcalde recomendar la concesión de obras de infraestructura y servicios públicos municipales. Las normas que rigen las concesiones e inversión privada en la LOM, son los arts. 32 y 33, y además debe tenerse en cuenta el art. 59 de la LOM.

Otras normas aplicables son:

- Fomento de las inversiones privadas en proyectos de interés local (numeral 4 del art. 73 de la LOM).
- Los procesos de concesión son ejecutados por las municipalidades provinciales del cercado y son coordinados con los órganos nacionales de promoción de la inversión, que ejercen labores de asesoramiento (numeral 2.2 del art. 80 de la LOM).
- Proponer las prioridades en las inversiones de infraestructura de envergadura regional entre las funciones del Consejo de Coordinación Local Provincial (art. 100 de la LOM).
- Proponer la elaboración de proyectos de inversión y de servicios públicos locales entre las funciones del Consejo de Coordinación Local Distrital (art. 104 de la LOM).
- Fomentar la inversión privada en proyectos de infraestructura metropolitana que impulsen el empleo entre las funciones de la Municipalidad Metropolitana de Lima (art. 161 de la LOM).

19. Aprobar la creación de centros poblados y de agencias municipales

En realidad de lo que se trata no es de la creación de centros poblados, sino de la creación de municipalidades de centros poblados, las que se crean por ordenanza municipal provincial, por tanto es facultad propia y exclusiva de las municipalidades provinciales. Las municipalidades de centros poblados se regulan por los arts. 128 a 135 de la LOM.

Con respecto a las agencias municipales, la LOM no contiene una disposición como la del art. 34 de la Ley Orgánica de Municipalidades derogada que establecía: “Los Concejos Municipales pueden establecer Agencias Municipales en aquellos centros poblados que por la demanda de servicios, el número de sus habitantes o distancia, requieren la desconcentración de determinados servicios municipales. En las comunidades campesinas, cumplirá las funciones de agente municipal, la autoridad comunal designada conforme a sus usos y costumbres. Los agentes municipales son designados o cesados por el alcalde, salvo en las comunidades campesinas. Representan a la municipalidad y ejercen las atribuciones que el Concejo les confiere expresamente”. Es una omisión que debe ser corregida, porque un dispositivo sobre desconcentración administrativa debe ubicarse dentro de la LOM.

Sin embargo, corresponderá al Concejo reglamentar la conformación de las agencias municipales.

20. Aceptar donaciones, legados, subsidios o cualquier otra liberalidad

Los legados y las donaciones válidas, constituyen patrimonio de cada municipalidad, de conformidad con el inc. 7 del art. 56 de la LOM, por tanto requieren para su aceptación de un acuerdo de concejo.

Este inciso se refiere a las donaciones que perciban las municipalidades, a diferencia del inc. 25 de este mismo artículo, que se aplica cuando la municipalidad realiza un acto de liberalidad, de conformidad con el art. 64 de la LOM.

21. Solicitar la realización de exámenes especiales, auditorías económicas y otros actos de control

Esta atribución es consecuencia de la función fiscalizadora que tiene el Concejo, de conformidad con el art. 5 de la LOM, y el inc. 4 del art. 10 de la LOM que establece que son atribuciones y obligaciones de los regidores desempeñar funciones de fiscalización de la gestión municipal.

Encontramos una incoherencia entre este inciso y el inc. 21 del art. 20 que preceptúa que corresponde al alcalde también solicitar la realización de exámenes especiales, auditorías económicas y otros actos de control; por tanto, este inciso debe entenderse en el sentido que es atribución del concejo la **aprobación** de la realización de las medidas de control.

22. Autorizar y atender los pedidos de información de los regidores a efectos de fiscalización

Este artículo fue materia de un proceso de inconstitucionalidad, por lo que vamos a reseñar dicha causa, de la cual se derivarán el contenido y alcances de la presente atribución del Concejo.

Con fecha 11 de julio de 2003, la Municipalidad Provincial de Sullana, representada por su alcalde, interpone demanda de inconstitucionalidad contra el inciso 22, artículo 9, de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades (LOM), solicitando que se declare inconstitucional porque dicho precepto resulta contrario al inciso 5) del artículo 2 de la Constitución, conforme al cual “[t]oda persona tiene derecho a solicitar, sin expresión de causa, la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido”. Sustenta sus afirmaciones en que la norma constitucional no distingue la condición del ciudadano para solicitar a las reparticiones públicas la información relacionada con la gestión y actividad pública, por lo que al condicionar a los regidores a una autorización previa por parte del Concejo, genera una situación de inconstitucionalidad que es tanto más grave cuanto que impide cumplir con el rol fiscalizador que por derecho les asiste y que les obliga a dar cuenta de los actos de la gestión pública. Agrega que en la medida en que la norma cuestionada discrimina la labor de los regidores al establecer diferencias de trato en relación con la información requerida por los ciudadanos comunes y corrientes, se vulnera el derecho a la igualdad, no solo reconocido en la Constitución, sino en los instrumentos internacionales relativos a derechos humanos.

El apoderado del Congreso niega y contradice la demanda, aduciendo que el demandante comete el error de equiparar un derecho fundamental, como lo es el de acceso a la información pública, que tiene por titular a la persona, con una competencia funcional que la LOM confiere a los regidores; que la norma impugnada, en dicho contexto, no está regulando un derecho fundamental, sino una función o competencia determinada que, en este caso, es la de fiscalización. Señala que el derecho consagrado en el inciso 5) del artículo 2 de la Constitución es objetivo y documental; precisando que se entrega copia de lo que existe o se permite el acceso a lo que se guarda en los archivos y las dependencias del Estado, sin sustituir o agregar nada, y que la información que se entrega no se procesa ni es el resultado de informes u opiniones críticas, técnicas o profesionales; agregando que los regidores no solo tienen acceso a dicha información, sino también a la que es producto de análisis y procesamiento técnico o profesional si es que así lo requieren para ejercer su función fiscalizadora. Por otra parte, si un derecho fundamental, como el de acceso a la información, puede verse limitado por la ley, con mayor razón el ejercicio de un poder o función puede verse legalmente limitado, sin que ello se interprete como inconstitucional. Por último, sostiene que el acceso a la información de los regidores no tiene que ver con el derecho a la información ciudadana, por dos razones esenciales: a) los pedidos de información a que se refiere la norma impugnada son para efectos de fiscalización, lo que no se compatibiliza con el derecho a la información que, como se sabe, no requiere expresión de causa alguna; y b) el Concejo Municipal, por lo demás, no puede ser el órgano encargado de proporcionar las informaciones públicas solicitadas por cualquier ciudadano, sino la entidad competente designada al efecto, de lo que se deduce que lo que autoriza dicho órgano no es la información común y corriente, sino los pedidos de información para fines de fiscalización, añadiendo que tampoco se contraviene el principio de igualdad, ya que, como se ha señalado anteriormente, se trata de dos situaciones jurídicas con alcances totalmente distintos.

En la STC Exp. N° 007-2003-AI/TC, el Tribunal Constitucional, declara infundada la demanda, de acuerdo al razonamiento lo siguiente:

“2. Para emitir pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, este Colegiado considera pertinente dilucidar los siguientes aspectos: a) si el derecho de toda persona a la información, sin expresión de causa, es igual, equivalente o similar a los pedidos de información que le asisten a los regidores en su calidad de representantes ante los gobiernos municipales; b) si el pedido de información de los regidores se encuentra sometido a límites en su ejercicio y si cualquier régimen de limitación resulta, o no, compatible con la Constitución; c) si los límites establecidos en el inciso 22) del artículo 9 de la Ley N° 27972 resultan, o no, razonables y, por ende, compatibles, o no, con la Constitución, y d) si, al haberse distinguido el tratamiento jurídico entre el derecho a la información de todo ciudadano y el pedido de información que les asiste a los regidores, se afecta el derecho a la igualdad ante la ley.

3. Respecto del primer aspecto, este Colegiado considera que el derecho a la información, reconocido en el inciso 5) del artículo 2 de la Constitución, tiene dos manifestaciones correlativas. En un primer extremo, es aquel atributo por el cual toda persona o ciudadano puede solicitar ante cualquier entidad u órgano público la información que requiera sin que para ello tenga que justificar su pedido. En un segundo extremo, facilita que el órgano o dependencia estatal requerido proporcione la información solicitada en términos, mínima o elementalmente, razonables, lo que supone que esta deberá ser cierta, completa, clara y, además, actual. A tales efectos, se genera en quien la solicita la obligación de asumir los costos que supone diligenciar y concretizar su solicitud. El derecho a la información, por lo demás, no es un atributo carente de límites en su ejercicio, sino que se encuentra condicionado desde la propia Constitución, a respetar determinados derechos o bienes de relevancia constitucional, como ocurre con la intimidad, la seguridad nacional o aquellos otros que de manera razonable y proporcional sean considerados por la ley.

4. Distinto, por el contrario, es el llamado pedido de información que les asiste a los regidores en su condición de representantes ante los gobiernos locales, ya que en tal supuesto no se está graficando, stricto sensu, un atributo fundamental a título subjetivo, sino el ejercicio de una facultad o prerrogativa correspondiente a una autoridad o funcionario estatal. La diferencia entre las facultades o prerrogativas (incluso las potestades) y los derechos o libertades es que, mientras aquellos le corresponden al Estado o, en particular, a sus funcionarios o autoridades, estos le pertenecen a las personas naturales o jurídicas, según sea el caso. Un ejemplo de una potestad estatal es la expropiación; un ejemplo de una prerrogativa, el veto presidencial a las leyes, o la amnistía por parte del Congreso. El Estado y sus funcionarios y autoridades no gozan, pues, desde esta perspectiva, de derechos fundamentales en el sentido estricto del término, sino más bien de atribuciones como las descritas, las mismas que ciertamente son importantes para el funcionamiento del Estado y sus instituciones, pero no tienen la trascendencia e implicancia que, por el contrario, sí tienen, primariamente, los derechos o libertades esenciales. Es, en todo caso, la persona (desde una perspectiva más amplia, el ser humano) la que únicamente puede reclamar para sí derechos como la vida, la libertad física o la intimidad, por poner tres casos específicos, lo que incluso armoniza con el artículo 1 de la Constitución Política del Estado.

7. En lo que atañe al segundo extremo a dilucidar, este Colegiado observa que si el propio derecho a la información, no obstante la importancia que le acompaña, se encuentra sometido a determinadas limitaciones en su ejercicio, con tanta o mayor razón lo puede, o lo debe estar, una facultad o prerrogativa de poder, como la consabida petición de información en el seno de los gobiernos locales. Evidentemente se requiere, en este contexto, determinar el procedimiento a utilizar en la tramitación de dichos pedidos; fijar los plazos en que el funcionario o entidad emisora habrá de dispensar la información, la necesidad de pronunciamientos o informes técnicos cuando el caso lo requiera, etc. Todos estos elementos, como otros igual de necesarios, suponen el establecimiento de una regulación específica, así como la correlativa presencia de restricciones en cada una de las etapas en que se tramita el pedido hasta el momento de su emisión. Queda claro que los límites a la prerrogativa en mención no solo podrían ser los relativos a las materias objeto de petición, sino los representados por derechos fundamentales cuyo respeto podría, eventualmente, verse trastocado. No hay, por consiguiente, ninguna razón que lleve a suponer que no exista posibilidad de incorporar dichos límites, ya que estos serían garantía de un ejercicio razonable de la función encomendada a los representantes.

El tercer aspecto susceptible de dilucidación tiene que ver precisamente con el tópico anteriormente descrito. Habiéndose asumido que la prerrogativa de poder aquí examinada resulta susceptible de limitación, sin que tal hecho pueda por sí mismo considerarse contrario a la norma fundamental, es necesario preguntarse si el límite establecido resulta irrazonable e inconstitucional. Respecto de dicho extremo, este Colegiado puntualiza que aunque efectivamente podría pensarse que la Ley Orgánica de Municipalidades N° 27972 concede al Concejo Municipal una suerte de facultad discrecional para autorizar y atender los pedidos de información por parte de los regidores que deseen cumplir su rol fiscalizador, y que, en tal sentido, podría entenderse que impide la consolidación de dicho cometido, tal presunción queda virtualmente descartada si se asume que lo que en realidad persigue es canalizar del modo más adecuado la voluntad corporativa por parte del Concejo. Tal consideración, por lo demás, no solamente tiene sustento en el artículo 5 de la Ley Orgánica de Municipalidades, sino y sobre todo en el artículo 194 de la Constitución Política del Estado, que reconoce en el Concejo Municipal, como ente corporativo, la función de órgano normativo y fiscalizador. **No se trata, por consiguiente, de impedir arbitrariamente que un regidor pueda cumplir su rol fiscalizador**, sino de facilitar que, tras una sensata merituación del pedido formulado, pueda el Concejo asumirlo como suyo a fin de efectivizar el mandato Constitucional o, en su caso, descartar aquellas solicitudes que no permitan cumplir dicho cometido. Se aprecia, pues, la idea de establecer el sistema de controles o medios de fiscalización y no, como se sostiene en la demanda, la de neutralizarlo, lo que significa, por consiguiente, que la fórmula contenida en la demanda es perfectamente razonable y constitucional”.

Algunos puntos adicionales. De lo resuelto por el TC, el Concejo Municipal debe asumir la obligación de reglamentar el pedido de información de los regidores para efecto de fiscalización. El TC señala como pautas que se debe reglamentar, entre otros aspectos, el procedimiento a seguir, fijar los plazos en que el funcionario o entidad emisora habrá de dispensar la información, la necesidad de pronunciamientos o informes

técnicos cuando el caso lo requiera, etc. Por otro lado, debido a las particularidades de la Administración Pública del Perú, y a las tensiones políticas permanentes dentro del Concejo por parte de los grupos allí representados, la aplicación de este inciso siempre oscila entre dos extremos igual de perniciosos: a) los concejos donde la mayoría es parte del grupo del alcalde, que busca bloquear cualquier pedido de información con fines de fiscalización por parte de los regidores, aprobando acuerdos de no haber lugar o de desestimar la solicitud, lo que pueda dar lugar inclusive a una denuncia por abuso de autoridad y, en el caso de los regidores, de un acuerdo contrario a ley, en el marco de estipulado en el art. 11 de la LOM; un ejemplo de esta práctica, lo constituye el exigir al regidor solicitante que pague el derecho por copia certificada establecida en el TUPA de la institución; y b) pero por otro lado, el ejercicio abusivo por parte del regidor que en un supuesto ejercicio de su rol fiscalizador, lo que busca es obstruir la marcha del municipio. De allí la necesidad de llegar a un proyecto consensuado que regule el procedimiento de los pedidos de información en estos casos.

Muchas veces, ante un concejo renuente a entregar información para efecto de fiscalización, los regidores han iniciado proceso de hábeas data. Entre otros, en la STC N° 00566-2010PHD/TC, el Tribunal Constitucional, ha señalado lo siguiente:

“9. Este Colegiado ha tenido ocasión de pronunciarse respecto de esta prerrogativa de los concejales (la de pedir informaciones para efectos de fiscalización) en un proceso de inconstitucionalidad promovido contra dicha disposición. En aquella ocasión establecimos que no se trataba de una restricción arbitraria el que el Concejo asuma dicha competencia. En tal sentido, dejamos establecido que, a diferencia de lo que ocurre con el derecho de acceso a la información pública a que se refiere el artículo 2.5 de la Constitución, la prerrogativa concejal de solicitar información con fines de fiscalización constituía más bien: ‘(...) el ejercicio de una facultad o prerrogativa correspondiente a una autoridad o funcionario estatal’ (STC 007-2003-AI, fundamento 4).

Con dicha afirmación, desde luego, no quisimos dejar fuera de protección el derecho que le asiste en cuanto ciudadano a toda autoridad, incluidos; por cierto, los integrantes del Concejo Municipal, en la medida en que si bien como autoridades asumen responsabilidades y compromisos públicos, las prerrogativas que la ley les confiere no podría, bajo ningún punto de vista, vaciar de contenido los derechos que la Constitución les reconoce como a cualquier otro ciudadano. De manera que este Colegiado asume que si como Regidor el recurrente no ha tenido éxito en sus gestiones al realizar el pedido de información a que se refiere su demanda, ahora como ciudadano no se le puede negar el acceso al proceso de hábeas data, para verse reivindicado ya no en su condición de regidor, sino en su condición de ciudadano.

En tal sentido, este Colegiado tampoco comparte la afirmación del emplazado quien manifiesta que como alcalde no le compete la entrega de la información solicitada, pues como máxima autoridad municipal le corresponde, en todo caso, disponer a través de la Oficina correspondiente la inmediata entrega de la información solicitada, pues de otro modo, sus argumentos solo ponen de manifiesto una clara apelación a una formalidad para desacatar lo que resulta como exigencia desde la propia Constitución.

10. En tal sentido, este Colegiado observa que la actitud del alcalde en su condición de representante de la comuna emplazada, a lo largo del presente proceso, expresa un comportamiento que no se condice con el principio de transparencia a que hemos hecho referencia *supra*. Esto se desprende del hecho objetivo de que, si bien el emplazado manifiesta que no se ha negado el acceso a la información solicitada, no ha acreditado que ello haya ocurrido así. Tratándose de la entrega de copias certificadas de actas de las sesiones ordinarias, dicha información es pública a menos que haya sido calificada en otro sentido y con razones atendibles por el propio Concejo Municipal reunido en pleno, lo que no ha ocurrido en el caso de autos. Al contrario, sus argumentos a lo largo de las instancias que ha recorrido el presente proceso ponen de manifiesto una actitud desafiante y poco comprometida con el principio de transparencia y evidentemente violatoria del derecho de acceso a la información pública a que se refiere el artículo 2.5 de la Constitución”.

En conclusión, la posición del TC es que el regidor debe seguir el trámite del pedido de información para fiscalización señalado en el numeral 22 del art. 9 de la LOM; sin embargo, tal exigencia, no enerva su derecho a pedir información como cualquier otro ciudadano y, de ser el caso, entablar un proceso de hábeas data.

23. Autorizar al procurador público municipal para que, en defensa de los intereses y derechos de la municipalidad y bajo responsabilidad, inicie o impulse procesos judiciales contra los funcionarios, servidores o terceros respecto de los cuales el órgano de control interno haya encontrado responsabilidad civil o penal; así como en los demás procesos judiciales interpuestos contra el gobierno local o sus representantes

De conformidad con el art. 28 de la LOM, la procuraduría municipal es parte de la estructura orgánica básica de la municipalidad. La autorización a que se refiere este inciso debe tomarse de conformidad con el art. 29 de la LOM y al Reglamento de Organización, Funciones y Responsabilidades de la Procuraduría Pública Municipal que apruebe el concejo, a propuesta del alcalde.

Una de las acciones más recurrentes en cuanto se emite los acuerdos de concejo de autorización al procurador es que los posibles denunciados formulen acciones de amparo contra el concejo, siendo el argumento más frecuente que los regidores votaron autorizando al procurador público municipal para que inicie las acciones judiciales sin haber leído un informe sustentatorio, sin haber hecho un mínimo análisis y evaluación de lo que se les planteaba tanto en lo fáctico como en lo jurídico, sin saber a qué personas se enjuiciaría, desconociendo si la acción judicial era en la vía penal o en la vía civil y sin saber lo que se peticionaría judicialmente, alegando que se ha vulnerado su derecho a la motivación expresa de los actos administrativos. Sobre el particular el Tribunal Constitucional ya ha emitido pronunciamiento, como en el caso del Exp. N° 01208-2012-AA/TC, donde declara:

“3. Sobre el particular, cabe recordar que el Tribunal Constitucional, en reiterada jurisprudencia, ha dejado establecido que **el solo hecho de autorizar** al procurador a que inicie acciones judiciales, en defensa de los intereses de quienes representa, no afecta ni amenaza derecho constitucional alguno.

5. Siendo así, los acuerdos cuestionados no afectan los derechos fundamentales del demandante, máxime cuando en el interior del proceso iniciado éste viene ejerciendo su derecho de defensa, conforme a las garantías que tanto la Constitución como la legislación procesal pertinente establecen”.

24. Aprobar endeudamientos internos y externos, exclusivamente para obras y servicios públicos, por mayoría calificada y conforme a ley.

De conformidad con el inc. 29 del art. 20 de la LOM, es atribución del alcalde proponer al concejo las operaciones de crédito interno y externo, conforme a ley.

En el marco del art. 69 de la LOM, las operaciones de endeudamiento de cada municipalidad son concertadas con cargo a su patrimonio propio en caso de endeudamiento interno. Cuando se trate de endeudamiento externo, requerirá el aval o garantía del Estado y la aprobación del Ministerio de Economía y Finanzas.

25. Aprobar la donación o la cesión en uso de bienes muebles e inmuebles de la municipalidad a favor de entidades públicas o privadas sin fines de lucro y la venta de sus bienes en subasta pública

Se refiere a las donaciones o cesión en uso que la municipalidad acuerda a favor de entidades sin fines de lucro y sobre la venta de sus bienes en subasta pública, de conformidad con los arts. 59 y 64 a 68 de la LOM. Las donaciones que reciben las municipalidades se regulan por el inc. 20 de este mismo artículo. La aprobación del concejo también se requerirá para la figura de la concesión, de conformidad con los arts. 20 inc. 4, 24 y 33 de la LOM.

26. Aprobar la celebración de convenios de cooperación nacional e internacional y convenios interinstitucionales

Esta es una atribución de mucha importancia para las municipalidades, porque permite la celebración de convenios de cooperación nacional e internacional, así como la celebración de convenios interinstitucionales, que son dos vías que permiten el cumplimiento de planes y sobre todo la optimización de los servicios públicos.

Para entender cabalmente esta atribución, es necesario diferenciar los convenios de cooperación, los convenios interinstitucionales y los contratos. José Vicente Blanco, plantea el tema del modo siguiente: “Es muy común observar que en la Administración Pública se utilizan, como si fueran sinónimos, los conceptos ‘contratos’ y ‘convenios’, para referirse a los contratos interadministrativos, a los convenios interadministrativos o a los convenios de colaboración, etc. Por ese motivo considero importante hacer unos breves comentarios sobre la diferencia entre ambas figuras, haciendo la claridad de que los convenios interadministrativos constituyen una especie dentro del género de los convenios de colaboración, pues mientras los primeros se celebran con la participación exclusiva de entidades estatales, en lo segundos también pueden intervenir los particulares y que los contratos interadministrativos constituyen una especie dentro del género de los contratos estatales”. Y más adelante, precisa las diferencias: “1. En el contrato existe una contraposición de intereses mientras que en el convenio encontramos objetivos comunes. 2. En el contrato existen prestaciones recíprocas pues cada una de las partes asume una obligación a favor de la otra que para una será la prestación de un servicio, la transferencia de un bien, etc. y para la otra será el pago de

una remuneración, lo que además implica que existe un precio como elemento esencial del contrato; en el convenio no existen prestaciones recíprocas pues ninguna de las partes le brinda un servicio a la otra, ya que lo que existe en el fondo es la distribución de actividades entre las partes interesadas con el fin de desarrollar un objetivo común, pudiendo incluso existir aportes en dinero de una parte y aportes de trabajo por la otra parte. 3. En el contrato estatal, el Estado garantiza las utilidades al contratista; en el convenio no existe ese tipo de garantía estatal puesto que ninguna de las partes está recibiendo una remuneración por la labor desarrollada. 4. Es de la esencia del contrato estatal la equivalencia entre las prestaciones recíprocas, tanto que se establece como principio general de interpretación del contrato que se tengan en cuenta 'la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos' (artículo 28 de la ley 80 de 1993). En los convenios no se presenta este carácter conmutativo ni se exige que exista equivalencia entre las obligaciones asumidas por las partes pues, se insiste, no existen prestaciones recíprocas. 5. En el contrato estatal se aplica la institución de la conservación del equilibrio contractual que obliga a la entidad estatal a restablecerla en caso de que se rompa por razones no imputables al contratista, generándose en consecuencia la posibilidad de pagar indemnizaciones o compensaciones a favor del contratista por la ruptura del equilibrio económico del contrato por causas no imputables a este. En el convenio no existe esa posibilidad puesto que ninguna de las partes le presta un servicio a la otra ni mucho menos existe una remuneración por el servicio prestado, lo que excluye la posibilidad de la ruptura del equilibrio económico financiero del contrato⁽²⁰⁾.

En el marco de la diferencia planteada, se entiende que al Concejo se le haya otorgado la atribución de celebrar convenios y no contratos (que ingresa en el ámbito propiamente de la función administrativa, de la cual están prohibidos los regidores, de conformidad con el art.11 de la LOM); y al alcalde, que se le haya otorgado la atribución de "Celebrar los actos, contratos y convenios necesarios para el ejercicio de sus funciones", de conformidad con el art. 20 inc. 23 de la LOM.

Otras normas de la LOM relacionadas con este inciso son: convenios de colaboración empresarial (art. 35), convenios de estabilidad tributaria (art. 40), convenios con el Reniec (art. 73 num. 2.7), la creación de redes educativas (art. 82 inc. 6), fomento del turismo (art. 82 inc. 15), programas sociales (art. 84 inc. 1), prestación conjunta de servicios públicos (art. 104), convenios con la Sunat (art. 70), programas de erradicación del consumo de drogas (art. 73), convenios de delegación de competencias y materia tributaria (art. 76), saneamiento de la propiedad (art. 79), la facultad de proponer convenios de cooperación de los consejos de coordinación local (art. 104 inc. 3), entre otras.

Se debe resaltar también que los recursos provenientes de la cooperación internacional, están sujetos a los límites de la neutralidad política, a que se refiere el art. 150 de la LOM.

(20) BLANCO R., José Vicente. *La diferencia entre contratos y convenios*. En: <<http://contrataciones-tatal.blogspot.com/2006/04/la-diferencia-entre-contratos-y.html>>.

27. Aprobar las licencias solicitadas por el alcalde o los regidores, no pudiendo concederse licencias simultáneamente a un número mayor del 40 % (cuarenta por ciento) de los regidores

De conformidad con este artículo, es atribución del Concejo aprobar las licencias del alcalde o los regidores. La licencia para el caso de funcionarios y demás servidores de la municipalidad, las autorizará el alcalde de conformidad con el inc. 18 del art. 20 de la LOM.

Para el cómputo del 40 % no se debe tomar en cuenta al alcalde, ya que la norma es expresa y específica en señalar que el porcentaje es del número de regidores.

28. Aprobar la remuneración del alcalde y las dietas de los regidores

La remuneración del alcalde se fija de conformidad con el art. 21 de la LOM, y en el caso del alcalde metropolitano de acuerdo con el inc. 10 del art. 157 de la LOM. Las dietas de los regidores se establecen de acuerdo al art. 12 de la LOM. Los acuerdos que aprueban la remuneración y dietas, deben publicarse obligatoriamente siguiendo las pautas del art. 44 de la LOM. Para mayor información, véase nuestros comentarios al art. 12 de la LOM.

29. Aprobar el régimen de administración de sus bienes y rentas, así como el régimen de administración de los servicios públicos locales

El art. 55 de la LOM señala que los bienes, rentas y derechos de cada municipalidad constituyen su patrimonio. El patrimonio municipal se administra por cada municipalidad en forma autónoma, con las garantías y responsabilidades de ley. Los bienes de dominio público de las municipalidades son inalienables e imprescriptibles. Todo acto de disposición o de garantía sobre el patrimonio municipal debe ser de conocimiento público.

En el marco de este art. 55, y los arts. 56 a 68 (en el caso de bienes) y 69 (en el caso de rentas), el concejo debe aprobar el régimen de administración de sus bienes y rentas.

Con respecto a los servicios públicos locales, no debe perderse de vista (al momento de establecer su Régimen de administración) que la adecuada prestación de los servicios públicos locales, es una de las finalidades esenciales de los gobiernos locales, de conformidad con el art. IV del Título Preliminar de la LOM, y que la prestación de los servicios públicos locales es fiscalizada por el Concejo Municipal conforme a sus atribuciones y por los vecinos conforme a la presente ley, de acuerdo al art. 31 de la LOM.

El art. 32 de la LOM establece pautas para la administración de los servicios públicos, estas son:

- a) Los servicios públicos locales pueden prestarse por gestión directa o por gestión indirecta, siempre que sea permitido por ley.
- b) Toda prestación de un servicio público local, debe asegurar el interés del vecino (lo que significa, atender realmente a sus necesidades), la eficiencia y la eficacia del servicio⁽²¹⁾, así como un adecuado control municipal.

(21) Con respecto a la definición de los términos eficiencia y eficacia, véase la cita número 19.

- c) En toda medida destinada a la prestación de servicios deberá asegurarse el equilibrio presupuestario de la municipalidad.

30. Disponer el cese del gerente municipal cuando exista acto doloso o falta grave

Este inciso está directamente relacionado con el art. 27 de la LOM, que señala que “La administración municipal está bajo la dirección y responsabilidad del gerente municipal, funcionario de confianza a tiempo completo y dedicación exclusiva designado por el alcalde, quien puede cesarlo sin expresión de causa. El gerente municipal **también puede ser cesado mediante acuerdo del Concejo Municipal adoptado por dos tercios del número hábil de regidores en tanto se presenten cualesquiera de las causales previstas en su atribución contenida en el artículo 9 de la presente ley**”.

Esto quiere decir que el concejo puede cesar al gerente municipal en dos casos, únicos y específicos:

- a) Acto doloso, que deberá ser determinado en sede judicial.
- b) Falta grave, que deberá ser determinada previo procedimiento administrativo disciplinario, de conformidad con el D.Leg. N° 276 - Ley de la Carrera Administrativa (art. 28) y su Reglamento - D.S. N° 005-90-PCM (arts. 150 a 162), por cuanto el gerente municipal está sujeto al régimen laboral general aplicable a la administración pública.

Un caso relevante para la aplicación de este inciso lo constituye la declaratoria de vacancia de nuevos regidores de la Municipalidad Provincial de San Martín, por haber cesado al gerente municipal sin un procedimiento administrativo previo. La solitud de vacancia se sustentó en el hecho de que los regidores, en vista de su facultad establecida en el inciso 30 del artículo 9, que les permite cesar al gerente municipal cuando este haya cometido acto doloso o falta grave, han hecho uso de esta facultad indebidamente, pues, sin ningún procedimiento disciplinario previo que permita la calificación de dichas causales, cesaron a dicho funcionario, por lo que tal acto habría configurado un abuso de derecho por parte de los regidores. El JNE, con la Resolución N° 0612-2012-JNE, resuelve lo siguiente:

“7. Expuesta esta situación, en principio, cabe mencionar que, conforme al artículo 27 de la LOM, el gerente municipal es el responsable de la administración municipal y es un cargo de confianza a designación del alcalde, de allí que a este le esté permitido designarlo y cesarlo sin causa ni justificación alguna.

Por su parte, en cuanto al Concejo Municipal, a diferencia de la alcaldía, su actividad constitucionalmente encomendada no es la ejecutiva o administrativa sino la normativa y fiscalizadora; por eso, en cuanto al cese del gerente municipal, el inciso 30 del artículo 9 le permite hacerlo solo por dos causales específicas: acto doloso o falta grave. Así, mientras que para el alcalde la decisión de cesar al gerente municipal es una actividad discrecional (inciso 17 del artículo 20 de la LOM), para el concejo es una actividad reglamentada. En dicho entendido, el sentido de la presente norma es que el concejo ejerza su función fiscalizadora respecto del gerente municipal, en tanto forma parte de la administración, y que la misma no sea un ejercicio discrecional sino sujeto a la ley; pues es obvio que si no fuese una actividad reglada, sería una actividad discrecional y si fuese discrecional, ya no sería una actividad intrínseca del concejo sino del alcalde.

8. En el presente caso, la actividad reglada no solo viene dada porque la Directiva de Control de Asistencia y Permanencia del Personal de la Municipalidad Provincial de San Martín (aprobado por Resolución de Alcaldía N° 007-2008-A/MPMS) establece cuáles son los comportamientos pasibles de ser calificados como faltas graves, sino, además, porque existen una serie de principios constitucionales que dicha actividad debe observar para ser efectuada con validez, entre ellos, principalmente que medie un procedimiento disciplinario previo para la calificación de los actos del funcionario como faltas graves.

Así, de actas se observa que la actuación del Concejo Municipal ha sido sin tipificación exacta de cuál era la causal que se le imputaba al gerente municipal, que tampoco medió un procedimiento disciplinario previo y que en un simple acuerdo de sesión ordinaria se terminó cesando al gerente municipal, lo que demuestra que dicha decisión ha sido adoptada sin seguir los cauces reglamentarios debidos, a libre albedrío del Concejo Municipal, probablemente por motivos políticos y no fiscalizadores.

Tan amplia discrecionalidad, que no es competencia del gerente municipal sino del alcalde, conforme se lo permite el artículo 27 de la LOM, ha generado que el concejo, en los hechos, termine actuando como alcalde, ejerciendo una función administrativa, y no como concejo, ejerciendo una función fiscalizadora o normativa. Por lo tanto, a juicio de este Supremo Tribunal Electoral, dicha desnaturalización de sus competencias ha generado que el concejo termine actuando conforme a competencias que no tiene, auto anulándose en su función fiscalizadora.

9. De otro lado, se puede pensar que bien ejercido o mal ejercido, finalmente, el Concejo Municipal tenía la potestad de cesar al gerente municipal y que, en tanto esto no constituye materia electoral, dicho extremo controvertido no tendría por qué ser analizado por este tribunal.

Sin embargo, como se sabe, los tribunales tienen la potestad de ejercer un control difuso sobre las normas y se ha entendido que estos no solo tienen la posibilidad de dejar inaplicable un mandato legal si consideran que este es abiertamente inconstitucional, sino que, además, tienen el deber de hacerlo. Y no podría ser de otra manera puesto que la Constitución ya no solo juega un rol político, como sucedía en el Estado decimonónico, sino que en el marco de un Estado constitucional, tiene un rol normativo, por los principios y derechos fundamentales que contiene, los cuales vinculan a todo el ordenamiento jurídico, social y económico de un país, por lo que todo poder u órgano del Estado se encuentra vinculado a sus mandatos, constituyéndose así en *norma normarum* (norma suprema) y fuente de derecho de todo el ordenamiento. Por lo tanto, si los tribunales tienen la posibilidad de dejar de lado los mandatos normativos que son inconstitucionales, con mayor razón, les estará permitido dejar de lado los actos y hechos inconstitucionales que hayan observado en el desarrollo de un proceso.

10. En el presente caso, si bien el concejo tiene la posibilidad de cesar al gerente municipal, el hecho de que esta facultad haya sido ejercida fuera de los cauces reglamentarios correctos, ha configurado un abuso de derecho porque, como ya hemos mencionado, la atribución que tiene el concejo de cesar al gerente municipal es una competencia causalizada y no libre, como es la que le compete

al alcalde, y la causalización viene dada por la comisión de un acto doloso o falta grave, calificaciones que no pueden ser concluidas sobre una persona sin antes mediar, como mínimo, un procedimiento disciplinario que respete los derechos del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva.

En vista de ello, en tanto en este caso se comprueba la inexistencia de dicho proceso, más allá de que en la vía ordinaria se determine si las actitudes del gerente municipal constituían o no faltas graves, el solo dato de que no haya existido un procedimiento previo a su cese, permiten concluir a este Supremo Tribunal Electoral que el comportamiento de los regidores ha implicado un ejercicio abusivo de su derecho, pues han considerado que el inciso 30 del artículo 9 de la LOM permitía ser interpretado como un postulado abierto, que por la simple alegación de la comisión de ciertos hechos como faltas graves les estaba permitido hacer uso de dicha disposición normativa. Esta es una situación que obviamente no puede ser convalidada por este tribunal y frente a la cual no puede permanecer indiferente, pues aunque sea una jurisdicción especializada, en vista de su materia, por sobre esta especialización, tiene el deber de velar por los principios que rigen el Estado constitucional, conforme lo ordena el artículo 38 de la Constitución, y de no amparar, conforme lo exige el artículo 103 de la Constitución, el abuso de derecho, por lo cual ha de entenderse que todo ejercicio abusivo de un derecho no es Derecho; por lo tanto, a juicio de este Supremo Tribunal Electoral, el cuestionado ejercicio de facultades efectuado por los regidores del Concejo Provincial de San Martín ha quedado invalidado, desnaturalizando sus competencias y llevándoles a actuar como le competería al alcalde y no al Concejo Municipal”.

Nosotros discrepamos de la conclusión del JNE, porque a nuestro juicio no logra tipificar el acto dentro de la prohibición del art. 11 y termina declarando la vacancia por abuso del derecho, lo que abre un antecedente peligroso en la medida que se aleja del principio de tipicidad, que es sustancial al procedimiento sancionador⁽²²⁾. Además, la motivación de la resolución es intrínsecamente contradictoria porque señala que el Concejo ha ejercido función administrativa en razón que en los hechos ha actuado como alcalde, pero luego señala que se le sanciona porque ha hecho ejercicio abusivo del derecho. Ahora bien, el abuso del derecho lo realiza el titular de un derecho subjetivo, no aquel que no lo tiene; por tanto el JNE reconoce que el Concejo ha activado una atribución propia pero lo ha hecho con la única intención de perjudicar; ergo, ha ejercido de mala forma su propia función no la del alcalde, y por tanto no puede hablarse de haber realizado función administrativa alguna por parte del concejo.

Otra razón es que el acto de cese al gerente por parte del Concejo era nulo de pleno derecho, como tal no podía producir ningún efecto jurídico y el gerente tenía expedito el derecho para ejercitar las acciones legales que correspondan.

(22) Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General: Artículo 230.- “Principios de la potestad sancionadora administrativa.- La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: (...) 4. Tipicidad.- Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria”.

Además, el JNE no ha hecho ningún esfuerzo por explicar la variación de criterio respecto de anteriores pronunciamientos. Cito como ejemplo, la Resolución N° 005-2012-JNE, donde se cuestiona a un grupo de regidores del Concejo Distrital de Santo Toribio (Huaylas) haber dispuesto el cese del personal. El JNE revisa el acuerdo de concejo: “Del tenor del acta se aprecia lo siguiente: ‘En cuanto al cese del contrato de la contadora, señor Celso Rau y el ingeniero Percy Sáenz, el regidor Roger manifiesta que se tiene que cesar el contrato por incapacidad del personal de quienes se está pidiendo el cese de contratos. Este se debe aprobar en sesión no con documentos. (...) después de una amplia deliberación de los señores regidores sobre cese de contratos a más tardar el día lunes 6 de junio del presente año se debe cesar los contratos de: la contadora, señor Celso Rau, ingeniero Percy Sáenz, los señores regidores Manuel Mendoza Huete, Yemila Aguirre Pérez Sáenz María Alejandrina Escalante Pajuelo y el señor Roger Chauca Cano **votan a favor para el cese de contratos del personal administrativo dándose un plazo hasta el día 6 de junio del presente año, el cese del contrato de la contadora** se pide por incapacidad, del sr. Celso Rau por asumir funciones sin tener vínculo laboral con la municipalidad y del Ing. Percy por asumir funciones que no le corresponden. (...) Estando formulada la petición de Roger Chauca Cano pide que se disuelva el contrato de la señora Olga Caballero Sarmiento por incompetente y conflictiva (...) llevándose a votación (...) el regidor Manuel Mendoza Huete, Yemila Aguirre Perez, María Alejandrina Escalante Pajuelo, Roger Cahuca Cano votan a favor (...)’”.

O sea, verifica que si se ha dispuesto el cese, pero en este caso concluye: “Respecto de este hecho es menester relieves que, a criterio de este Pleno, la solicitud de cese de los trabajadores por sí sola no constituye un acto administrativo, en tanto que **la decisión del Concejo Municipal por mayoría, debe ser ejecutada por la respectiva autoridad administrativa del municipio**. En ese sentido, en este caso en concreto, no se evidencia que los regidores cuestionados hayan incurrido en la causal de vacancia invocada”.

Con mucha mayor razón no podía ser ejecutable un acto nulo de pleno derecho (por falta de un procedimiento administrativo disciplinario previo).

De allí que el JNE, con posterior ocasión, ha rectificado su criterio. En la Resolución N° 1137-2012-JNE, se solicitó la vacancia de los regidores del Concejo Provincial de Bagua que emitieron voto para cesar en el cargo de gerente municipal, sin haberle iniciado previamente un procedimiento administrativo sancionador. El JNE resuelve lo siguiente:

“2. Del análisis del caso en concreto, se tiene que, por medio de la Sesión Ordinaria N° 44-2011, de fecha 7 de diciembre de 2011, los regidores del Concejo Provincial de Bagua votan por unanimidad a favor del cese del gerente municipal (fojas 138); sin embargo, es con la Resolución de Alcaldía N° 539-2011-MPB-A, del 12 de diciembre de 2011, con la que se da por concluida la designación de Willy Godofredo Rodríguez Huasupoma, gerente municipal (fojas 162).

De la revisión de la Resolución de Alcaldía N° 539-2011-MPB-A, se tiene que el alcalde de la Municipalidad Provincial de Bagua retira de su cargo a Willy Godofredo Rodríguez Huasupoma, sin realizar alusión a la decisión tomada por los regidores. En efecto, el alcalde Ferry Torres Huamán, utilizando el

artículo 20, numeral 6, de la LOM, que justamente faculta al alcalde a designar y cesar al gerente municipal, cesa en su cargo a Willy Godofredo Rodríguez Huamán.

Entonces, al margen de lo decidido por el Concejo Municipal, se aprecia que el gerente municipal no fue retirado de su cargo por una decisión del concejo, sino por una decisión discrecional del alcalde, que quedó plasmada en la Resolución de Alcaldía N° 539-2011-MPB-A”.

31. Plantear los conflictos de competencia

Esta atribución debe ejercerse de conformidad con el art. 127 de la LOM, que señala: “Los conflictos de competencia que surjan entre las municipalidades, sean distritales o provinciales, y entre ellas y los gobiernos regionales o con organismos del Gobierno nacional con rango constitucional son resueltos por el Tribunal Constitucional de acuerdo a su ley orgánica. Los conflictos no comprendidos en el primer párrafo son resueltos en la vía judicial”.

32. Aprobar el cuadro de asignación de personal y las bases de las pruebas para la selección de personal y para los concursos de provisión de puestos de trabajo

El Cuadro de Asignación de Personal (CAP) es un documento técnico normativo de gestión institucional, que contiene los cargos o puestos de trabajo que se prevé como necesario para un adecuado funcionamiento de la Entidad, y se elaborará sobre la base del Reglamento de Organización y funciones (ROF) de cada municipalidad. El alcalde propondrá este documento para su aprobación por el Concejo, de conformidad con el inc. 14 del art. 20 de la LOM.

Norma concordante con este inciso, es el art. 37 de la LOM, que establece: “Los funcionarios y empleados de las municipalidades se sujetan al régimen laboral general aplicable a la Administración Pública, conforme a ley. Los obreros que prestan sus servicios a las municipalidades son servidores públicos sujetos al régimen laboral de la actividad privada, reconociéndoles los derechos y beneficios inherentes a dicho régimen”.

33. Fiscalizar la gestión de los funcionarios de la municipalidad

De conformidad con el art. 37 de la LOM, la administración está integrada por funcionarios, empleados y obreros. Este inciso señala que el concejo tiene entre sus atribuciones fiscalizar la gestión de los funcionarios.

34. Aprobar los espacios de concertación y participación vecinal, a propuesta del alcalde, así como reglamentar su funcionamiento

Se fija la atribución del concejo para que, en coordinación con el alcalde, aprobar espacios de concertación y participación vecinal; siempre desde la óptica de que las formas de participación no son regladas sino que pueden establecerse otros mecanismos y espacios además de los señalados por la LOM; así emerge de lo dispuesto en la última parte del art. 7 de la LOM: “Pueden establecerse también otros mecanismos de participación que aseguren una permanente comunicación entre la población y las autoridades municipales”.

35. Las demás atribuciones que le correspondan conforme a ley

Esta es una fórmula abierta, entendiendo que las atribuciones señaladas en los incisos anteriores no son las únicas, porque existen otras establecidas en la propia LOM y otras leyes que regulan asuntos de competencia municipal.

Atribuciones establecidas en otros artículos de la LOM:

- Iniciativa en la creación de empresas municipales, con acuerdo del Concejo Municipal con el voto favorable de más de la mitad del número legal de regidores, a propuesta del alcalde (inc. 24 del art. 20 y art. 35 de la LOM).
- Constituir Juntas Vecinales a propuesta del alcalde, de los regidores o a petición de los vecinos, mediante convocatoria pública a elecciones. Asimismo, para aprobar el Reglamento de Organización y Funciones de las Juntas Vecinales Comunales (art. 116 de la LOM).
- Inscripción de bienes inmuebles de la municipalidad en los Registros Públicos, a petición del alcalde y por el mérito del acuerdo de concejo correspondiente (art. 58 y 8ª Disp. Complementaria de la LOM).
- Efectuar transferencia de recursos a las municipalidades de centros poblados (art. 133 de la LOM).
- Aprobar la solicitud de creación de impuestos al Poder Ejecutivo, a propuesta del alcalde (inc. 12 del art. 20 de la LOM).
- La declaratoria de emergencia administrativa o financiera (vigésima disposición complementaria de la LOM).

ARTÍCULO 10.- ATRIBUCIONES Y OBLIGACIONES DE LOS REGIDORES

Corresponden a los regidores las siguientes atribuciones y obligaciones:

1. Proponer proyectos de ordenanzas y acuerdos.
2. Formular pedidos y mociones de orden del día.
3. Desempeñar por delegación las atribuciones políticas del alcalde.
4. Desempeñar funciones de fiscalización de la gestión municipal.
5. Integrar, concurrir y participar en las sesiones de las comisiones ordinarias y especiales que determine el reglamento interno, y en las reuniones de trabajo que determine o apruebe el concejo municipal.
6. Mantener comunicación con las organizaciones sociales y los vecinos a fin de informar al concejo municipal y proponer la solución de problemas.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Arts. 9:33), 31, 84

COMENTARIO

Si el art. 9 de la LOM establece las atribuciones del Concejo Municipal como cuerpo colegiado, este art. 10 establece las atribuciones y obligaciones de los regidores. Veamos cada una de ellas:

1. Proponer proyectos de ordenanzas y acuerdos

De conformidad con el art. 194 de la Constitución y el art. 5 de la LOM, el Concejo Municipal ejerce funciones normativas y fiscalizadoras. La atribución que precisa este inciso es propia de la función normativa.

Esta función normativa debe efectuarse de acuerdo a las pautas que establece la propia LOM, que son:

- Las normas y disposiciones municipales se rigen por los principios de exclusividad, territorialidad, legalidad y simplificación administrativa, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del derecho administrativo (art. 38 de la LOM).
- Mediante las ordenanzas se aprueba la organización interna, la regulación, administración y supervisión de los servicios públicos y las materias en las que la municipalidad tiene competencia normativa (art. 40 de la LOM).
- Mediante ordenanzas se crean, modifican, suprimen o exoneran las contribuciones y tasas (art. 40 de la LOM).
- La competencia y funciones específicas de las municipalidades se cumplen en armonía con las leyes, normas técnicas (en caso de servicios y bienes públicos), sistemas administrativos de observancia y cumplimiento obligatorio, políticas y planes nacionales, regionales y locales de desarrollo (art. VIII del Título Preliminar de la LOM).
- Mediante los acuerdos se toman decisiones referidas a asuntos específicos de interés público, vecinal o institucional, que expresan la voluntad del concejo para practicar determinado acto o sujetarse a una conducta o norma institucional (art. 41 de la LOM).

2. Formular pedidos y mociones de orden del día

Esta es una atribución que se ejerce dentro de las sesiones de concejo, y se realizará de acuerdo con el Reglamento Interno.

3. Desempeñar por delegación las atribuciones políticas del alcalde

Este inciso es concordante con el inc. 20 del art. 20 de la LOM, que establece como atribución del alcalde, delegar sus atribuciones políticas en un regidor hábil y las administrativas en el gerente municipal.

4. Desempeñar funciones de fiscalización de la gestión municipal

La fiscalización a que se refiere este inciso, debe hacerse bajo el mecanismo señalado en el inc. 22 del art. 9 de la LOM, esto es, que los pedidos de información para efectos de fiscalización por parte de los regidores deben contar con la autorización del Concejo Municipal.

5. Integrar, concurrir y participar en las sesiones de las comisiones ordinarias y especiales que determine el reglamento interno, y en las reuniones de trabajo que determine o apruebe el Concejo Municipal

Esta es una obligación y un derecho del regidor. Este dispositivo es concordante con el inc. 15 del art. 9, que señala que son atribuciones del concejo, constituir comisiones ordinarias y especiales, conforme a su reglamento. Las comisiones de regidores se deben conformar al inicio de cada año. En cuanto a las reuniones de trabajo, las determinará el propio ente colegiado, a pedido de uno o más regidores o del alcalde.

6. Mantener comunicación con las organizaciones sociales y los vecinos a fin de informar al Concejo Municipal y proponer la solución de problemas

Esta es una atribución poco explotada en el ámbito municipal por los regidores, ya que la mayoría se enfoca generalmente en su función de fiscalización. Pero es muy importante porque la norma exige una labor de compromiso del regidor en tres aspectos concomitantes: a) mantener comunicación con las organizaciones sociales y los vecinos; b) informar al Concejo Municipal; y c) proponer la solución de problemas.

Las vías que deben utilizarse a efecto de canalizar la solución de los problemas serán: presentando sus peticiones en las sesiones de Concejo, llevando las inquietudes y propuestas al trabajo de su comisión o ejerciendo su facultad normativa de proponer ordenanzas y acuerdos de Concejo.

ARTÍCULO 11.- RESPONSABILIDADES, IMPEDIMENTOS Y DERECHOS DE LOS REGIDORES

Los regidores son responsables, individualmente, por los actos violatorios de la ley practicados en el ejercicio de sus funciones y, solidariamente, por los acuerdos adoptados contra la ley, a menos que salven expresamente su voto, dejando constancia de ello en actas.

Los regidores no pueden ejercer funciones ni cargos ejecutivos o administrativos, sean de carrera o de confianza, ni ocupar cargos de miembros de directorio, gerente u otro, en la misma municipalidad o en las empresas municipales o de nivel municipal de su jurisdicción. Todos los actos que contravengan esta disposición son nulos y la infracción de esta prohibición es causal de vacancia en el cargo de regidor.

Para el ejercicio de la función edil, los regidores que trabajan como dependientes en el sector público o privado gozan de licencia con goce de haber hasta por 20 (veinte) horas semanales, tiempo que será dedicado exclusivamente a sus labores municipales. El empleador está obligado a conceder dicha licencia y a preservar su nivel remunerativo, así como a no trasladarlos ni reasignarlos sin su expreso consentimiento mientras ejerzan función municipal, bajo responsabilidad.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Art. 22

 **COMENTARIO**

Entre las novedades que trajo la LOM con respecto a sus predecesoras, es la prohibición a los regidores de ejercer funciones o cargos ejecutivos y administrativos: la anterior Ley N° 23853 sí permitía a los regidores ejercer funciones ejecutivas.

Por otro lado, es importante referirse a la figura de la abstención, a la que con mucha frecuencia recurren los regidores frente a un tema controvertido. Sin embargo, la abstención no está facultada legalmente en el ámbito local por aplicación de la Ley N° 27972 - Ley Orgánica de Municipalidades (LOM) y la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG). El art. 11 de la LOM, señala que los regidores son responsables solidariamente por los acuerdos adoptados contra la ley, a menos que **salven expresamente su voto**, dejando constancia de ello en actas. Los arts. 100 y 101 de la LPAG, señalan: “100.2 Los miembros del órgano colegiado que expresen **votación distinta a la mayoría deben hacer constar en acta su posición y los motivos que la justifiquen**”, “101.1 Salvo disposición legal en contrario, los integrantes de órganos colegiados asistentes a la sesión y no impedidos legalmente de intervenir, **deben afirmar su posición sobre la propuesta en debate, estando prohibido inhibirse de votar**”, 101.2 Cuando la abstención de voto **sea facultada por ley**, tal posición deberá ser fundamentada por escrito”.

Como vemos, la LOM no faculta la abstención del voto. La LPAG, por el contrario, establece la obligatoriedad del voto y la prohibición de abstenerse, siendo la excepción a la regla la abstención que se aplica en el ámbito administrativo general en circunstancias de parentesco, pleito pendiente, calidad de acreedor o deudor, amistad o enemistad, es decir, ante un conflicto de intereses por parte de quien va a emitir el voto en relación a quienes pueden verse beneficiados o perjudicados con la medida a adoptarse (en aplicación de los arts. 88 y 101.2 de la LPAG).

Es decir, el mandato legal es que los regidores son responsables solidarios por los acuerdos que adopten, aun en el caso de que se abstengan, porque en la abstención no se asume una posición y por tanto se atiene a lo que acuerda la mayoría. Para eximirse de responsabilidad, el regidor debe necesariamente emitir voto en contra y hacer la salvedad de voto con constancia en acta.

La salvedad de voto es una figura jurídica distinta a la abstención, como es posición firme del Jurado Nacional de Elecciones (JNE): “la lógica o finalidad del artículo 11 de la LOM radica en la potestad que se le confiere a los integrantes del Concejo Municipal que ostentan una posición minoritaria en una determinada decisión, para eximirse de la responsabilidad solidaria que recae sobre todos los miembros del Concejo Municipal respecto a los acuerdos que se adopten mayoritariamente contra la ley –y por un principio de supremacía normativa, contra la Constitución–. Así pues, **no estamos ante una habilitación normativa al integrante del Concejo Municipal para ‘no votar’ o ‘abstenerse de votar’, sino para ‘eximirse de responsabilidad votando en contra de una decisión mayoritaria’**. (R. N° 596-2009-JNE). En la misma línea, el JNE exige la obligatoriedad de voto: “Todos los miembros del Concejo Municipal deben emitir su voto, ya sea a favor o en contra, incluso el miembro contra quien vaya dirigida la solicitud

de vacancia. Por ello, **ningún miembro puede abstenerse de votar, en la medida en que la LOM no admite esta posibilidad**" (Exp. N° J-2011-00654-JNE).

La precisión no es intrascendente. Imagine una sesión municipal donde se requiera mayoría simple: de 10 votantes, 4 están a favor, 1 en contra, 2 se abstienen y 3 salvan su voto. La interpretación común es que la medida ha sido denegada, sin embargo el resultado debe ser distinto, porque: 1) la abstención no es factible y los regidores deben emitir voto a favor o en contra; 2) los regidores que han salvado su voto se entiende que han votado en contra del acuerdo; en consecuencia, existen 4 votos a favor y 4 en contra, siendo decisivos los votos de los que se abstuvieron. Haga usted las conjugaciones que crea conveniente y verá que la abstención influye, muchas veces, en el resultado. Sin olvidar que, como representantes del pueblo, es deber del regidor apoyar o rechazar una medida, ejerciendo en los hechos su atribución normativa. Se legisla por acción no por omisión.

Se me dirá que la abstención está permitida por los reglamento internos, aprobados mediante ordenanzas con rango de ley. Este argumento es falaz porque las Leyes Orgánicas y la Ley del Procedimiento Administrativo General priman sobre las ordenanzas, las que no pueden tener un contenido contrario a una norma superior, de acuerdo al principio de jerarquía normativa. Además, toda ordenanza tiene rango de ley pero circunscrita a su ámbito de competencia. Ni los gobiernos regionales ni los locales están facultados para emitir reglas procedimentales distintas o contrarias a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Su autonomía es constitucional y se ejerce en armonía con el sistema jurídico nacional.

Al respecto, en la Resolución N° 404-2008-JNE, el Tribunal ha sido categórico al declarar nulo el acuerdo de Concejo cuando la abstención es trascendente para la decisión final: "Que, si bien de acuerdo al artículo 101.1 de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, todos los regidores asistentes a una sesión para determinar la vacancia de una autoridad municipal se encuentran en la obligación de votar; este Colegiado considera que siempre y cuando la abstención sobre la decisión de la vacancia de una autoridad municipal sea relevante, el expediente deberá ser devuelto al Concejo Municipal, a fin de que emita el respectivo pronunciamiento; que, en el caso de autos, la exigencia torna mayor importancia al determinar que la inhibición del voto por ambas regidoras puede afectar la votación en la vacancia de la autoridad municipal; y, en consideración que los actos administrativos deben de guardar las formas prescritas bajo sanción de nulidad, según lo establece el artículo 10 de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, y de manera supletoria el Código Civil en su artículo 140, es deber de este Colegiado exigir la presencia de dichos requisitos al momento de decidir, debiendo devolver al Concejo Provincial de Bongará el presente expediente a fin de que emita su pronunciamiento conforme a Ley".

En suma, el regidor debe votar, a favor o en contra pero votar. No puede reducirse al silencio cómplice o esquivo, amparado en la abstención⁽²³⁾.

(23) Una aplicación práctica de lo expuesto se presenta en la Resolución N° 089-2012-JNE: "Se debe tener en cuenta que el número legal de miembros del Concejo Municipal es la suma del alcalde y todos los regidores elegidos, y que los mismos están en la obligación de emitir su voto en un procedimiento de vacancia, ya sea a favor o en contra, incluyendo el miembro contra quien vaya dirigida dicha solicitud; en consecuencia, ningún miembro puede abstenerse de votar, conforme a lo dispuesto en el artículo 101 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General,

Sobre la licencia para ejercer la función edil

Dice el artículo que los regidores que laboran actividad dependiente en el sector público o privado gozan de licencia con goce de haber hasta por veinte horas semanales, para dedicarlos exclusivamente a las labores municipales. Dos atingencias: a) no necesariamente el empleador está obligado a concederles las 20 horas, puede conceder menos horas si existen razones suficientes para entender que un tiempo reducido es suficiente para el ejercicio de la función municipal o dependiendo de la naturaleza de la labor que realice en su centro de trabajo; b) el empleador puede reducir las horas y efectuar los descuentos respectivos, si se comprueba que el regidor no dedica esas horas a su labor municipal.

El TC, en la STC Exp. N° 1432-2004-AA/TC, evaluó el caso de un profesor que interpone acción de amparo contra la Subregión de Tocache de la Dirección Regional de Educación de San Martín, con la finalidad de que se deje sin efecto el documento que le deniega la solicitud de licencia por función municipal. Refiere que es docente y que ha sido elegido regidor en el Distrito de Goyllarisquizga, Provincia de Daniel Alcides Carrión, por lo que le corresponde gozar de licencia por 20 horas semanales en su centro de trabajo, en cumplimiento del artículo 22 de la Ley Orgánica de Municipalidades. La emplazada contesta la demanda solicitando que se la declare improcedente, alegando que el accionante es docente nombrado en el Centro de Educación Primaria Secundaria N° 1412, con una jornada laboral de 24 horas académicas; que las responsabilidades de

aplicación supletoria que establece: "Salvo disposición legal en contrario, los integrantes de órganos colegiados asistentes a la sesión y no impedidos legalmente de intervenir, deben afirmar su posición sobre la propuesta en debate, estando prohibidos de inhibirse de votar". En caso de que el alcalde o el regidor consideren que el procedimiento de vacancia o suspensión, o el acuerdo que se vaya a adoptar, sean contrarios a la ley, estos deben dejar a salvo su voto; es decir, votar en contra a fin de no incurrir en responsabilidad, conforme al artículo 11 de la LOM, como se ha establecido en la jurisprudencia por parte de este Colegiado (Resolución N° 724-2009-JNE y Resolución N° 0730-2011-JNE).

Conforme se aprecia del acta de sesión extraordinaria llevada a cabo el 28 de diciembre de 2011, en la que se trató la solicitud de vacancia del alcalde del Concejo Distrital de El Prado, se corrobora que todos los miembros de dicho Concejo se encontraban presentes en la sesión, la misma que fue presidida por el teniente alcalde Ántero Bardales Montenegro. Una vez puesta al voto la procedencia de la solicitud de vacancia antes referida, los regidores Edgardo Alva Asencio, Blanca Nury Páucar Regalado y Ángel Acuña Salazar se pronunciaron a favor de la improcedencia de la misma, mientras que el regidor Alcides Cabanillas Mendoza dejó a salvo su voto, y Ántero Bardales Montenegro y el alcalde Heyner Ramírez Rodas no emitieron voto alguno.

Se debe considerar que el Concejo Distrital de El Prado se encuentra constituido por seis miembros (alcalde y cinco regidores), por lo que, para aprobar un acuerdo de declaración de vacancia, debe existir el voto favorable de dos tercios del número legal de sus miembros, es decir, el voto de cuatro miembros. En el presente caso, solo se emitieron tres votos. Siendo así, de lo expuesto se concluye que este extremo de la apelación debe declararse improcedente; sin perjuicio de ello, al no haber emitido su voto varios miembros del Concejo Distrital de El Prado en el acuerdo tomado en la sesión efectuada el 28 de diciembre de 2011, respecto a la procedencia de la solicitud de vacancia contra el alcalde Heyner Ramírez Rodas, se debe exhortar a los miembros de dicho concejo para que en lo sucesivo, cumplan con tomar sus respectivos acuerdos en observancia del debido procedimiento".

los docentes, reguladas por la Ley N° 24029 y su modificatoria, Ley N° 25212, aplicable al caso por su especialidad, establecen que los profesores tienen derecho a licencia sin goce de remuneración por desempeño de funciones públicas como resultado de procesos electorales o de asunción de cargos políticos; y que si bien la Ley Orgánica de Municipalidades, en su artículo 20, establece que la licencia que debe otorgarse es de 20 horas, ello implicaría que para cubrir las cuatro horas restantes debería contratarse a otro docente. El TC declara infundada la demanda, basado en los siguientes argumentos: “1. Obra en autos la Resolución Directoral Subregional N° 000388, de fecha 1 de abril de 2002, en la cual se aprecia el nombramiento del recurrente y su carga lectiva de 24 horas, que se entiende como semanales. 2. El artículo 22 de la Ley Orgánica de Municipalidades establece claramente que los servidores del sector público gozan de licencia en su centro de trabajo hasta por 20 horas semanales, lo que significa que la Administración Pública, en este caso el empleador, no se encuentra en la obligación de conceder el máximo de la licencia con goce de haber. 3. Asimismo, este Tribunal estima que, en el presente caso, el recurrente debe acreditar en principio que la labor de regidor es una a tiempo completo, que requiera dedicación exclusiva; y cuál es la cantidad de tiempo total expresada en horas a la semana dedicadas a dicha labor, de manera que le impida desarrollar la labor de docente con una carga lectiva determinada, actividad que no se encuentra prohibido de realizar; en este orden de ideas, se torna indispensable que exista la debida proporcionalidad y justificación en la licencia, sin desconocer ni limitar los derechos que el recurrente alega se le están vulnerando. 4. Cabe agregar que los regidores tienen el derecho a percibir una dieta por las sesiones a las que concurren, de modo que el recurrente no puede aducir la violación de su derecho al trabajo; de otro lado, se le está manteniendo la plaza docente mientras que dure el ejercicio del cargo público”. La condición para el derecho de licencia en este caso, es que el regidor tenga un contrato de trabajo dependiente en el sector público o en el sector privado, lo que incluye a los trabajadores bajo el Régimen del Contrato Administrativo de Servicios, que de acuerdo al TC (STC Exp. N° 002-2010-PI/TC), es un contrato de trabajo.

Por otro lado, la prohibición de ejercer funciones o cargos ejecutivos o administrativos por parte de los regidores imposibilita que un servidor público se desempeñe como regidor en la misma entidad en la que presta servicios; igual prohibición se da para el caso que se desempeña en las empresas municipales de su jurisdicción. Para mayor amplitud sobre este tema, véase lo comentado como causal de vacancia del art. 22 de la LOM.

ARTÍCULO 12.- RÉGIMEN DE DIETAS

Los regidores desempeñan su cargo a tiempo parcial y tienen derecho a dietas fijadas por acuerdo del concejo municipal dentro del primer trimestre del primer año de gestión. El acuerdo que las fija será publicado obligatoriamente bajo responsabilidad.

El monto de las dietas es fijado discrecionalmente de acuerdo a la real y tangible capacidad económica del gobierno local, previa las constataciones presupuestales del caso. No pueden otorgarse más de cuatro dietas mensuales a cada regidor. Las dietas se pagan por asistencia efectiva a las sesiones.

El alcalde no tiene derecho a dietas. El primer regidor u otro que asuma las funciones ejecutivas del alcalde por suspensión de este, siempre que ésta se extienda por un

período mayor a un mes, tendrá derecho a percibir la remuneración del alcalde suspendido, vía encargatura de cargo, sin derecho a dieta mientras perciba la remuneración del suspendido.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Arts. 9:28), 21, 44

Ley N° 26317 Art. 4



COMENTARIO

La institución de la dieta tiene un antiquísimo origen. Ya Aristófanes, el comediógrafo griego, ridiculizaba en sus abusos a los atenienses que participaban en los foros, a quienes se les abonaba un sueldo de tres óbolos por sesión. El sentido en que se usaba el término dieta era como viático o retribución a los mandatarios o funcionarios que debían realizar una tarea específica, o pago a los representantes elegidos por el pueblo para desempeñar una función pública como indemnización, ya que el tiempo que llevaba el cumplimiento del encargo les obligaba a alejarse de sus negocios particulares.

En el Perú, los regidores municipales perciben dietas por el cumplimiento de su cargo. Esta es una retribución pecuniaria establecida mediante acuerdo del propio Concejo Municipal, que se paga por la asistencia efectiva a las sesiones.

La derogada Ley Orgánica de Municipalidades N° 23853, modificada por la Ley N° 26317, del 29 de mayo de 1994, regulaba el régimen de las dietas en los artículos 21 y 22, en los siguientes términos:

“Artículo 21.- Los Alcaldes y Regidores son rentados, conforme lo permita el presupuesto y la disponibilidad de recursos propios de cada Municipalidad y previo acuerdo del respectivo Concejo Municipal, aplicándose los montos que determinan o autorizan las normas sobre remuneraciones para sus respectivos rangos.

Los Alcaldes reciben una remuneración mensual y los Regidores perciben dietas por sesión.

Las remuneraciones y las dietas son suprimibles, por acuerdo unánime del Concejo o por renuncia individual a ellas.

Artículo 22.- Los Regidores que trabajan como dependientes en el Sector Público o Privado, gozan de licencia de sus centros de trabajo hasta por veinte horas semanales, sin descuentos de sus remuneraciones, tiempo que será dedicado exclusivamente a las labores municipales.

Los Alcaldes y Regidores no serán trasladados ni reasignados sin su consentimiento, mientras ejercen función municipal.

El empleador está obligado a conceder la licencia semanal, bajo responsabilidad.

Los alcaldes pueden optar entre la remuneración municipal o la de su función pública o privada. En el primer caso gozarán de licencia sin goce de haber por el término de su mandato. En el segundo caso, de la licencia a que se refiere el primer párrafo pueden acogerse al beneficio de la dieta”.

La Ley N° 26317 contiene, además, las siguientes disposiciones: la percepción de la dieta está condicionada a la asistencia efectiva del regidor a la correspondiente sesión de Concejo, abonándose proporcionalmente hasta un máximo de cuatro (4) sesiones al mes (art. 2); que el acuerdo para fijar el monto de la dieta adopta una vez al año hasta el 31 de marzo de cada ejercicio presupuestal. El acuerdo aprobado se publica obligatoriamente (art. 3); que las dietas no tienen carácter remunerativo, su percepción es excluyente de cualquier otra bonificación o asignación por igual o similar concepto (art. 4).

La vigente LOM regula la institución de la dieta en los artículos 11 (sobre licencia de los regidores), 12 y 44 (publicidad de los acuerdos que fijan el monto de las dietas).

Por tanto, haciendo un análisis comparativo de ambos regímenes podemos precisar las siguientes modificaciones:

- a) Las dietas se fijan dentro del primer trimestre del primer año de gestión. El régimen anterior permitía fijar el monto de la dieta hasta el 31 de marzo de cada año de gestión.
- b) El monto de la dieta no se fija en función al presupuesto sino **discrecionalmente**, de acuerdo a la real y tangible capacidad económica del gobierno local. El cambio es saludable, ya que el presupuesto es un estimativo de los ingresos fiscales anuales, y en el transcurso del ejercicio se pueden presentar problemas económicos por la falta de ingreso de los fondos previstos, lo que en la práctica generaba que las dietas y remuneraciones de los alcaldes sean exorbitantes para las arcas municipales. Posteriormente, el gobierno ha emitido leyes y decretos que fijan la forma y los montos (reglados) para la remuneración del alcalde y dietas de los regidores, a las que nos referiremos más adelante.
- c) No hay sustanciales cambios en materia de licencia para los regidores que trabajan en el sector público o privado, a fin de que pueda cumplir su función.
- d) El alcalde no tiene derecho a dietas. Por tanto no se ha recogido el último párrafo del art. 22 de la Ley anterior que señalaba que cuando el alcalde opta por recibir la remuneración de la función pública o privada que desempeña, podía acogerse al beneficio de la dieta.
- e) Se ha legislado el caso de la suplencia del cargo de alcalde, lo que acarrea muchos problemas de aplicación legal. La nueva ley considera que el primer regidor u otro que asuma las funciones ejecutivas del alcalde por suspensión de este, siempre que esta se extienda por un periodo mayor a un mes, tendrá derecho a percibir la remuneración del alcalde suspendido, vía encargatura de cargo, sin derecho a dieta mientras perciba la remuneración del suspendido.
- f) El pago de las dietas está condicionado a la asistencia efectiva a las sesiones y no se pueden otorgar más de cuatro dietas mensuales. Se ha recogido lo dispuesto por el art. 2 de la Ley N° 26317, por tanto se entiende que este artículo está derogado.
- g) Los acuerdos sobre las dietas de los regidores deben ser obligatoriamente publicados, siguiendo las pautas del art. 44 de la LOM. Por tanto, se recoge lo estipulado en el art. 3 de la Ley N° 26317.

- h) No se ha recogido la última parte del art. 21 de la Ley N° 23853, que señalaba que las remuneraciones y las dietas son suprimibles por acuerdo unánime del Concejo o por renuncia individual a ellas. Creemos que si bien no ha sido legislado, los concejos municipales, sobre la base del principio de la autonomía municipal y de preeminencia del interés público, pueden suprimir o aceptar la renuncia individual a las dietas.
- i) No se ha recogido el art. 4 de la Ley N° 26317 que señala que las dietas no tienen carácter remunerativo y que su percepción es excluyente de cualquier otra bonificación por igual o similar concepto. Consideramos que este artículo se encuentra en plena vigencia, porque no entra en contradicción con la nueva ley. La característica no remunerativa de la dieta tiene efectos prácticos, tanto para el no goce de beneficios laborales, y que los regidores no perciban montos diferentes a la dieta como asignación por movilidad con carácter permanente, seguridad personal u otras retribuciones afines. El pago de la dieta es que lo que percibe el regidor por todo concepto para el cumplimiento de sus funciones.

Por otro lado, será también de aplicación al régimen de dietas, la Directiva N° 007-95-SUNAT, del 25 de noviembre de 1995, que precisa que las dietas que perciben los regidores de las municipalidades son rentas de cuarta categoría.

Lo que sí es procedente, por interpretación del JNE, es el cobro de viáticos para la realización de una diligencia específica. En la Resolución N° 440-2013-JNE, se señala:

“El artículo 12 de la LOM dispone que los regidores desempeñan su cargo a tiempo parcial y tienen derecho a dietas fijadas por acuerdo del Concejo Municipal dentro del primer trimestre del primer año de gobierno. El acuerdo que las fija debe ser publicado en forma obligatoria bajo responsabilidad. Asimismo, el mencionado artículo señala que no pueden otorgarse más de cuatro dietas mensuales a cada regidor. Las dietas se pagan por asistencia efectiva a las sesiones.

El artículo 13, por su parte, establece que el Concejo Municipal se reúne en sesión ordinaria no menos de dos, ni más de cuatro veces al mes, para tratar los asuntos de trámite regular. En esa medida, de acuerdo a la concurrencia efectiva a las sesiones de concejo, los regidores, por el ejercicio de sus funciones, perciben dietas, siendo que está prohibido el cobro de remuneración alguna en ese sentido.

Sin embargo, lo anterior no niega que un regidor pueda cobrar viáticos si con ocasión del ejercicio de sus funciones requiriese trasladarse a un ámbito territorial diferente. En ese sentido, sí sería posible considerar el pago de dicho concepto, siempre y cuando esté estrictamente vinculado al ejercicio de sus atribuciones, sin llegar a constituir un beneficio al regidor, sino una condición para el cabal desempeño de sus labores. Esta postura ha sido recogida de igual forma en el Informe Legal N° 60-2010-SERVIR/GG-OAJ, de fecha 11 de marzo de 2010, emitido por el jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica de la Autoridad Nacional del Servicio Civil (Servir). Así, por ejemplo, el artículo 9, numeral 11, de la LOM prevé la posibilidad de que los regidores incluso realicen viajes al exterior, en comisión de servicios o en representación de la municipalidad. En esa línea, este Supremo Tribunal Electoral concluye que, no obstante, en principio, los regidores solo perciben dietas en el ejercicio de sus funciones, ello no implica que se pueda negar con carácter general que tales autoridades estén facultadas para cobrar viáticos por gastos de representación cuando deban trasladarse a un ámbito territorial distinto del lugar donde se ubique la sede municipal”.

La forma reglada de determinar remuneraciones y dietas

El art. 9 inc. 28 de la LOM, señala que son atribuciones del Concejo Municipal aprobar la remuneración del alcalde y las dietas de los regidores. Si bien de acuerdo al presente art. 12 de la LOM, el monto de dichos ingresos dependía exclusivamente del Concejo Municipal y de la real y tangible capacidad económica del gobierno local, sobre la base de los informes previos acerca de la disponibilidad presupuestaria, actualmente no es así y se ha emitido leyes y decretos que establecen en el Perú una forma reglada y homogénea para establecer la remuneración del alcalde y la dieta de los regidores, como veremos.

Mediante la Ley N° 28212 - Ley que desarrolla el art. 39 de la Constitución Política⁽²⁴⁾ en lo que se refiere a jerarquía y remuneraciones de los altos funcionarios y autoridades del Estado, se crea la Unidad Remunerativa del Sector (URSP), que servirá como referencia para el pago de las remuneraciones de los altos funcionarios y autoridades del Estado, cuyo monto será fijado por el Poder Ejecutivo, antes de la presentación del proyecto de Ley de Presupuesto del Sector Público del año que tendrá vigencia; señalando esta norma en su art. 4, numeral 1 inc. d) que el alcalde de la Municipalidad Metropolitana de Lima recibe una remuneración mensual, por todo concepto, equivalente a cinco y media URSP y en su numeral 1 inc. e) que los alcaldes provinciales y distritales reciben una remuneración mensual, que es fijada por el Concejo Municipal correspondiente, en proporción a la población electoral de su circunscripción hasta un máximo de cuatro y un cuarto URSP. Precisa además, en su numeral 2, que los altos funcionarios y autoridades del Estado, entre los que se encuentran los alcaldes, reciben doce remuneraciones por año y dos gratificaciones en los meses de julio y diciembre, cada una de las cuales no puede ser mayor a una remuneración mensual. En su art. 5 inc. 1 que los regidores municipales reciben dieta, según el monto que fijen sus respectivos concejos municipales, de conformidad con lo que disponen sus respectivas leyes orgánicas. En ningún caso dichas dietas pueden superar en total el 30% de la remuneración mensual del alcalde correspondiente. Otro tema que es necesario resaltar es lo dispuesto en su 5ª Disposición Final, que a partir del 1 de enero de 2005 queda prohibido que los altos funcionarios y autoridades del Estado señalados en el art. 2, entre ellos los alcaldes, perciban ingresos mediante contratos de consultorías o similares, directos o indirectos.

La Ley N° 28212 fue reglamentada por el D.S. N° 025-2007-PCM, norma que establece el rango de niveles remunerativos dentro de cuyos términos los concejos municipales decidirán el monto de la remuneración de sus alcaldes.

Este decreto establece las siguientes pautas: en su art. 2, que el ingreso máximo mensual por todo concepto, comprende a la remuneración que se otorga a los alcaldes provinciales y distritales de acuerdo a la normativa legal vigente; en su art. 3, numeral 3.1, que los ingresos máximos mensuales por todo concepto de los alcaldes provinciales y distritales son fijados por los concejos municipales respectivos, considerando para tal

(24) Art. 39: "Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación. El Presidente de la República tiene la más alta jerarquía en el servicio a la Nación y, en ese orden, los representantes al Congreso, ministros de Estado, miembros del Tribunal Constitucional y del Consejo de la Magistratura, los magistrados supremos, el Fiscal de la Nación y el Defensor del Pueblo, en igual categoría; y los representantes de organismos descentralizados y alcaldes, de acuerdo a ley".

efecto el cuadro que contiene parámetros para la determinación de sus ingresos, que como Anexo es parte integrante de la dicha norma; en su numeral 3.2 que los concejos municipales, a efecto de aplicar el Anexo señalado en el numeral precedente, deben tomar en cuenta los pasos siguientes:

- a) Determinar la proporción de la población electoral de su circunscripción, de acuerdo a la información de población electoral emitida por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil - Reniec, la misma que está publicada en la página web de dicha entidad (<www.reniec.gob.pe>), conforme a lo establecido en el artículo 4 literal e) de la Ley N° 28212.
- b) Ubicar la proporción de la población electoral en la escala para determinar el monto del ingreso máximo mensual que corresponda a dicha escala.
- c) Otorgar a los alcaldes de municipalidades capitales de departamento y de la Provincia Constitucional del Callao, a los alcaldes de municipalidades capitales de provincia, así como a los alcaldes de municipalidades distritales de la Provincia de Lima y de la Provincia Constitucional del Callao, según corresponda, una asignación adicional conforme a los porcentajes y límites establecidos en el Anexo que forma parte de la presente norma.
- d) Verificar que en ningún caso la sumatoria de los montos determinados en los pasos señalados en los literales b) y c) precedentes, superen las 4 ¼ Unidades de Ingreso del Sector Público, en el marco de lo dispuesto en la Ley N° 28212 modificada por el Decreto de Urgencia N° 038-2006.

En el numeral 3.3 del art. 3, señala que el alcalde de la Municipalidad Metropolitana de Lima, conforme a lo dispuesto en la Ley N° 28212, percibe un ingreso mensual, por todo concepto, equivalente a 5 ½ Unidad de Ingreso del Sector Público; en su art. 4, que los ingresos por todo concepto de los alcaldes provinciales y distritales se encuentran sujetos al pago de los impuestos de ley y a los descuentos de carácter previsional, según corresponda.

En su art. 5, precisa que las dietas que correspondan percibir a los regidores municipales, de acuerdo al monto fijado por los respectivos concejos municipales, por sesión efectiva en cada mes, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica de Municipalidades, en ningún caso pueden superar en total el treinta por ciento (30 %) de los ingresos mensuales por todo concepto del alcalde correspondiente.

El anexo, a cual hace referencia el D.S. N° 025-2007-PCM, y que sirve de parámetro para fijar la remuneración del alcalde, es el siguiente:

ANEXO

CARGO	ESCALA	Rango de población electoral		Número máximo de UISP	Ingreso máximo mensual por todo concepto S/.
		Desde	Hasta		
Alcalde de la Municipalidad Metropolitana de Lima	---	---	---	5,50	14 300
Alcaldes del resto de municipalidades ^(*)	I	450 001	a más	4,25	11 050
	II	400 001	450 000	4,00	10 400
	III	350 001	400 000	3,75	9 750
	IV	300 001	350 000	3,50	9 100
	V	250 001	300 000	3,25	8 450
	VI	200 001	250 000	3,00	7 800
	VII	150 001	200 000	2,75	7 150
	VIII	100 001	150 000	2,50	6 500
	IX	80 001	100 000	2,25	5 850
	X	60 001	80 000	2,00	5 200
	XI	40 001	60 000	1,75	4 550
	XII	20 001	40 000	1,50	3 900
	XIII	10 001	20 000	1,25	3 250
	XIV	5 001	10 000	1,00	2 600
	XV	2 501	5 000	0,90	2 340
	XVI	1 501	2 500	0,80	2 080
	XVII	1 501	1 500	0,70	1 820
	XVIII	751	1 000	0,60	1 560
	XIX	501	750	0,50	1 300
	XX	1	500	0,40	1 040

(*) Los alcaldes del resto de municipalidades (excluida la Municipalidad Metropolitana de Lima) percibirán una asignación adicional al ingreso máximo mensual por todo concepto, establecido en función de su población electoral, de acuerdo a lo siguiente:

- Los alcaldes de las Municipalidades Capitales de Departamento y de la Provincia Constitucional del Callao, percibirán una asignación adicional que equivale al 60 % del ingreso máximo mensual por todo concepto (IMMC), la misma que no excederá de una (1) UISP (S/. 2 600), de acuerdo al siguiente cuadro:

Alcaldes de las Municipalidades Capitales de Departamento y de la Provincia Constitucional del Callao	0,6 del IMMC	Máximo 1 UISP S/. 2 600
---	---------------------	------------------------------------

- Los alcaldes de las municipalidades capitales de Provincia y alcaldes de las municipalidades distritales de la Provincia de Lima y de la Provincia Constitucional del Callao percibirán una asignación adicional que equivale al 30 % del ingreso máximo mensual por todo concepto (IMMC), que no excederá de 50 % de una UISP (S/. 1 300), de acuerdo al siguiente cuadro:

Alcaldes de las Municipalidades Capitales de Provincia y Alcaldes de las Municipalidades Distritales de la Provincia de Lima y de la Provincia Constitucional del Callao	0,3 del IMMC	Máximo 0,5 UISP S/. 1 300
--	---------------------	--------------------------------------

Notas:

- En ningún caso el ingreso máximo mensual total por todo concepto, incluido las citadas asignaciones adicionales, podrá exceder de 4 1/4 UISP (S/. 11 050).
- UISP = Unidad de Ingreso del Sector Público según el D.U. N° 038-2006.
- IMMC = Ingreso máximo mensual por todo concepto.

Sobre la inconstitucionalidad de la Ley N° 28212

Uno de los aspectos más controvertidos cuando se emitió la Ley N° 28212, y sobre todo el D.S. N° 025-2007-PCM, era sobre su constitucionalidad y su aplicabilidad, teniendo en cuenta la jerarquía de normas con respecto a la Ley Orgánica de Municipalidades.

Se presentó ante el Tribunal Constitucional (Exp. N° 0038-2004-AI/TC), una acción de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28212, con base, entre otros, en los siguientes argumentos:

- a) Que la Ley N° 28212 ha vulnerado el artículo 106 de la Constitución⁽²⁵⁾, toda vez que en su aprobación no se ha cumplido con la votación calificada exigida para modificar una ley orgánica, como es el caso de la Ley N° 27972 - Ley Orgánica de Municipalidades,
- b) Que los artículos 2, 4, 5, Segunda Disposición Final, y Tercera, Cuarta y Sexta Disposición Transitoria de la cuestionada ley⁽²⁶⁾, son inconstitucionales por contravenir los artículos 191 y 192 de la Constitución, los cuales reconocen autonomía

(25) **Artículo 106.-** “Mediante leyes orgánicas se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, así como también las otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución. Los proyectos de ley orgánica se tramitan como cualquiera otra ley. Para su aprobación o modificación, se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso”.

(26) **Artículo 2.- “Jerarquía de los altos funcionarios y autoridades del Estado.** El Presidente de la República tiene la más alta jerarquía en el servicio de la Nación y preside todo acto público u oficial al que asiste. Le siguen, en el siguiente orden: a) Los Congresistas de la República, b) Los Ministros de Estado, c) Los miembros del Tribunal Constitucional, d) Los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, e) Los magistrados supremos, f) Los miembros de la Junta de Fiscales Supremos, g) El Defensor del Pueblo, h) Los miembros del Jurado Nacional de Elecciones, i) Los Presidentes y Consejeros de los Gobiernos Regionales, j) Los alcaldes y regidores provinciales; y k) Los alcaldes y regidores distritales. 2. Los presidentes de los Gobiernos Regionales y los alcaldes provinciales y distritales son las máximas autoridades dentro de sus circunscripciones. 3. El Alcalde de la Municipalidad Metropolitana de Lima tiene, para todo efecto, la jerarquía que corresponde a un Presidente de Gobierno Regional. 4. Las autoridades nacionales, regionales y locales deben respetar, bajo responsabilidad, las precedencias consecuentes de las normas sobre jerarquía establecidas en este artículo”. **Art. 4.- “Régimen de remuneraciones de los altos funcionarios y autoridades del Estado.** Las remuneraciones de los altos funcionarios y autoridades del Estado señaladas en el art. 2 se rigen por las siguientes reglas: a) El Presidente de la República tiene la más alta remuneración en el servicio de la Nación. Esta es fijada por el Consejo de Ministros en un monto superior a la de los Congresistas de la República y no será mayor a diez URSP. Al concluir su mandato recibe, en forma vitalicia, una pensión igual a la remuneración de un Congresista de la República en ejercicio. b) Los Congresistas de la República, los Ministros de Estado, los miembros del Tribunal Constitucional y del Consejo Nacional de la Magistratura, los Magistrados Supremos, los miembros de la Junta de Fiscales Supremos, el Defensor del Pueblo y los miembros del Jurado Nacional de Elecciones, reciben una remuneración mensual igual, equivalente por todo concepto a seis URSP. c) Los Presidentes de los Gobiernos Regionales reciben una remuneración mensual, que es fijada por el Consejo Regional correspondiente, en proporción a la población electoral de su circunscripción, hasta un máximo de cinco y media URSP, por todo concepto. d) El Alcalde de la Municipalidad Metropolitana de Lima recibe una remuneración mensual, por todo concepto, equivalente a cinco y media URSP. e) Los alcaldes provinciales y distritales reciben una remuneración mensual, que es fijada por el Concejo Municipal correspondiente, en proporción a la población electoral de su circunscripción hasta un máximo de cuatro y un cuarto URSP, por todo concepto. 2. Los altos funcionarios y autoridades del Estado a que se refiere el art. 2 de la

política, económica y administrativa a las municipalidades y establecen, como una competencia de estas, la de aprobar su organización interna y su presupuesto. Refieren, además, que dentro de las competencias de las municipalidades se encuentra la fijación de las remuneraciones de los funcionarios y las dietas de los regidores,

- c) Que la Disposición Transitoria Tercera de la cuestionada ley es inconstitucional por infringir el párrafo segundo del artículo 103 de la Constitución, que establece que ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo. Alegan que esta ley no puede afectar situaciones jurídicas reguladas por la Ley N° 27972, en mérito de la cual se fijaron las remuneraciones del alcalde y de los funcionarios, así como las dietas de los regidores. El apoderado del Congreso de la República contesta la demanda y solicita que sea declarada infundada, basándose en lo siguiente: a) alega que los demandantes no han precisado el artículo expreso de la Ley N° 27972 - Ley Orgánica de Municipalidades,

presente Ley reciben doce remuneraciones por año y dos gratificaciones en los meses de julio y diciembre, cada una de las cuales no puede ser mayor a una remuneración mensual”.

Artículo 5.- “Remuneraciones de otros funcionarios, empleados y servidores del Estado.

1. Los consejeros regionales y regidores municipales reciben dietas, según el monto que fijen los respectivos Consejos Regionales y Concejos Municipales, de conformidad con lo que disponen sus respectivas leyes orgánicas. En ningún caso dichas dietas pueden superar en total el treinta por ciento (30%) de la remuneración mensual del Presidente del Gobierno Regional o del alcalde correspondiente. 2. Ningún funcionario, empleado de confianza o servidor público de nivel nacional, regional o local puede recibir una remuneración igual o mayor a la que reciben los altos funcionarios del Estado señalados en el inciso b) del numeral 1 del artículo 4 de la presente Ley y, según su régimen laboral, no más de doce remuneraciones por año y dos gratificaciones en los meses de julio y diciembre, cada una de las cuales no puede ser mayor a una remuneración mensual, cualquiera sea el concepto que se invoque. 3. Por ley especial se establecen la jerarquía y los niveles remunerativos homologados de la carrera administrativa, según las normas establecidas por la Ley N° 28175 - Ley Marco del Empleo Público, pudiéndose utilizar como referencia la URSP.

Disposición Final:

“Segunda Disp. Final.- Niveles de remuneración para Presidentes Regionales y Alcaldes en función de la población electoral

Por Decreto Supremo, refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros, y en un plazo no mayor de treinta (30) días contados a partir de la vigencia de la presente Ley, se establecerá el rango de niveles posibles de remuneración en función de la población electoral de los Gobiernos Regionales y Locales, dentro de cuyos términos los Consejos Regionales y Concejos Municipales decidirán la remuneración mensual de sus presidentes y alcaldes.

Disposición Transitoria:

Tercera.- Adecuación de los órganos del Estado

Todos los órganos del Estado, bajo responsabilidad de sus titulares, deben adoptar las medidas necesarias para adecuarse a la presente Ley dentro del plazo de dos (2) meses calendario contado a partir de su vigencia.

Cuarta.- Determinación de la Unidad Remunerativa del Sector Público para el año 2004

Mediante Decreto Supremo, el Poder Ejecutivo en un plazo máximo de quince (15) días calendario, contados después de promulgada la presente Ley, determinará el valor de la URSP para el año 2004 para los altos funcionarios y autoridades del Estado.

Sexta.- Derogatoria

Deróganse o déjanse sin efecto, las normas y disposiciones legales o administrativas que se opongan a la vigencia de la presente Ley”.

que ha sido modificado por la ley impugnada; y que esta última norma no contiene materia municipal, por lo que no requería de votación calificada para su aprobación; b) Aduce que Ley N° 28212 no atenta contra la autonomía de los gobiernos locales, pues esta ley solo pretende regular el sistema único de remuneraciones de la Administración Pública, marco necesario para ordenar los gastos corrientes del Estado; c) Finalmente, respecto del cuarto argumento de los demandantes, manifiesta que la Ley N° 28212 no tiene efectos retroactivos, pues no establece que todo aquel concepto que hayan recibido los alcaldes o los funcionarios de las municipalidades, en exceso, deba ser devuelto. El TC, mediante STC Exp. N° 0038-2004-AI/TC, resuelve lo siguiente:

“§2. El artículo 106 de la Constitución, la Ley N° 28212 y la fijación de las remuneraciones de los alcaldes y las dietas de los regidores

8. De la revisión de las disposiciones precitadas, este Colegiado estima que las mismas no modifican la Ley N° 27972, Orgánica de Municipalidades, específicamente en cuanto a la facultad otorgada al Concejo Municipal para la fijación de la remuneración mensual del alcalde y las dietas de los regidores, toda vez que la fijación de los montos de tales remuneraciones y dietas permanece como una competencia propia de los Concejos Municipales.

Mediante la ley cuestionada, el legislador se ha limitado a establecer una unidad de referencia y determinadas reglas para la fijación del pago de las remuneraciones de los altos funcionarios y autoridades del Estado, como es el caso de los alcaldes y regidores, sin que ello signifique una modificación de las competencias de los respectivos órganos de los gobiernos locales en la ‘fijación’ de tales montos. En el caso de los alcaldes y regidores de la municipalidades se ha establecido un límite máximo para el goce de las remuneraciones y dietas respectivas, que se justifica en criterios de ordenación del gasto público en materia de remuneraciones, ámbito que, como se va a explicar ampliamente en los párrafos siguientes, no es de absoluta discrecionalidad de los gobiernos locales.

En consecuencia, para aprobar la ley impugnada no se requería de la votación exigida por el artículo 106 de la Constitución.

§3. La Ley N° 28212, la autonomía ‘económica’ de los gobiernos locales y su competencia para aprobar su organización interna y su presupuesto

9. Los demandantes sostienen que los artículos 2, 4, 5, Segunda Disposición Final, y Tercera, Cuarta y Sexta Disposición Transitoria de la ley cuestionada, que crean la URSP y determinadas reglas para la fijación de las remuneraciones de los altos funcionarios y autoridades del Estado –dentro de los cuales se encuentran incluidos los alcaldes y regidores municipales–, son inconstitucionales por contravenir los artículos 194 y 195 de la Constitución, que establecen, entre otras cosas, que las municipalidades tienen autonomía ‘económica’ en los asuntos de su competencia, y pueden aprobar su organización interna y su presupuesto.

11. Si bien la Constitución ha establecido que los gobiernos locales gozan de la garantía institucional de la autonomía municipal en materia política, económica y administrativa, y, además, que son competentes para aprobar su organización interna y su presupuesto, ello no implica que tales organismos

gocen de una irrestricta discrecionalidad en el ejercicio de tales atribuciones, toda vez que, conforme al principio de unidad de la Constitución, esta debe ser interpretada como un todo, como una unidad donde todas sus disposiciones deben ser entendidas armónicamente.

12. Entre estas disposiciones de la Constitución debe considerarse el artículo 43, que prescribe que el Estado es uno e indivisible; el artículo 189, según el cual el territorio de la República está integrado por regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se constituye y organiza el gobierno a nivel nacional, regional y local, **en los términos que establecen la Constitución y la ley**, preservando la unidad e integridad del Estado y de la Nación; el primer párrafo del artículo 195, que preceptúa que los gobiernos locales promueven el desarrollo y la economía local en armonía con las políticas y planes nacionales de desarrollo; el inciso 4) del artículo 102 de la Constitución, que establece como atribución del Congreso de la República ‘Aprobar el Presupuesto y la Cuenta General’; y el artículo 77, en cuanto dispone que ‘La administración económica y financiera del Estado se rige por el presupuesto que anualmente aprueba el Congreso. La estructura del presupuesto del sector público contiene dos secciones: Gobierno Central e instancias descentralizadas. El Presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos, su programación y ejecución responden a los criterios de eficiencia de necesidades sociales y básicas y de descentralización (...)’.

13. Asimismo, los gobiernos locales deben tener en cuenta, en el desarrollo de sus actividades, normas como la Ley N° 27972, Orgánica de Municipalidades, que en el artículo VIII de su Título Preliminar dispone que ‘Los gobiernos locales están sujetos a las leyes y disposiciones que, de manera general y de conformidad con la Constitución Política del Perú, regulan las actividades y funcionamiento del Sector Público; así como a las normas técnicas referidas, a los servicios y bienes públicos, y a los sistemas administrativos del Estado que por su naturaleza son de observancia y cumplimiento obligatorio. Las competencias y funciones específicas municipales se cumplen en armonía con las políticas y planes nacionales, regionales y locales de desarrollo’.

14. Por tanto, el Tribunal Constitucional no comparte los argumentos expuestos por los demandantes, respecto de la alegada vulneración de la autonomía económica de los gobiernos locales y la competencia para que fijen su organización interna y su presupuesto, toda vez que, como se ha expuesto precedentemente, tal autonomía y competencia no son ilimitadas, pues si bien es cierto que son competentes para aprobar su presupuesto, gestionando con autonomía los intereses propios de las correspondientes colectividades, también lo es que tal ejercicio debe ser compatible con normas constitucionales que declaran que la administración financiera del Estado se rige por el Presupuesto General de la República que anualmente aprueba el Congreso, o aquella que establece que los gobiernos locales promueven el desarrollo y su economía en armonía con las políticas nacionales de desarrollo”.

Sin embargo, más allá de lo resuelto por el TC y de la conveniencia o no de establecer una escala de remuneraciones, consideramos que la Ley N° 28212, sí introdujo una modificación sustancial respecto del modo de determinar la remuneración del alcalde y la dieta de los regidores, pues antes de la mencionada Ley, los montos para

cada caso, quedaban a criterio exclusivo de los concejos municipales, los que deberían fijarlos, a tenor de los arts. 12 y 21 de la LOM, **discrecionalmente de acuerdo a la real y tangible capacidad económica del gobierno local, previa las constataciones presupuestales del caso**⁽²⁷⁾. Es decir, no había un monto fijado en la ley y se atribuía al Concejo evaluar y fijarlo, de acuerdo a sus condiciones presupuestales y económicas. En la actualidad el monto está fijado en la ley y su reglamento (no puede ser distinto) y la competencia del Concejo se reduce a **ubicar la proporción de la población electoral en la escala para determinar el monto del ingreso máximo mensual que corresponda a dicha escala** (como señala expresamente el art. 3 del Reglamento) y a formalizarlo mediante el acuerdo de concejo respectivo. El cambio es sustancial –más allá de su conveniencia o no; nos ubicamos entre aquellos que consideran saludable establecer rangos y topes remunerativos– por lo que debió legislarse mediante una Ley orgánica y no una Ley ordinaria.

La norma exige como requisito para el pago de las dietas, la asistencia efectiva a cuatro sesiones de concejo, pudiendo ser ordinarias o extraordinarias; de modo que de verificarse su asistencia el regidor tendrá derecho al pago de cuantas sesiones asista, con un máximo de cuatro sesiones al mes. No existe ninguna otra exigencia para el pago de las dietas correspondientes, como en la prácticas se ha presentado que se pretende descontar las dietas porque no asistió a las sesiones de comisiones, por ejemplo, o no participó en una gestión aprobado por el Concejo ante otras entidades. En estos casos, puede existir otro tipo de sanción, de establecerlo expresamente el Reglamento Interno de Concejo, pero no puede afectarse el monto de las dietas correspondientes.

De este modo, el requisito de la asistencia efectiva viene a ser una condición sine qua non del pago de la dieta. Si el regidor no asiste, no habrá lugar al pago de la dieta, aunque se justifique la inasistencia por razones de salud, emergencias familiares, caso fortuito o fuerza mayor.

ARTÍCULO 13.- SESIONES DEL CONCEJO MUNICIPAL

Las sesiones del concejo municipal son públicas, salvo que se refieran a asuntos que puedan afectar los derechos fundamentales al honor, la intimidad personal o familiar y la propia imagen; pueden ser ordinarias, extraordinarias y solemnes. El alcalde preside las sesiones del concejo municipal y en su ausencia las preside el primer regidor de su lista. El concejo municipal se reúne en sesión ordinaria no menos de dos, ni más de cuatro veces al mes, para tratar los asuntos de trámite regular.

En la sesión extraordinaria solo se tratan los asuntos prefijados en la agenda; tiene lugar cuando la convoca el alcalde o a solicitud de una tercera parte del número legal de sus miembros.

En el caso de no ser convocada por el alcalde dentro de los 5 (cinco) días hábiles siguientes a la petición, puede hacerlo el primer regidor o cualquier otro regidor, previa

(27) Redacción curiosa de la LOM y bastante subjetiva para una norma jurídica. Discrecionalmente no es una palabra aceptada por la Real Academia pero se entiende que lo que ordena es actuar con discreción, es decir con sensatez y buen juicio, fijando montos que la municipalidad esté en condiciones de solventar.

notificación escrita al alcalde. Entre la convocatoria y la sesión mediará, cuando menos, un lapso de 5 (cinco) días hábiles.

Se puede convocar a sesión solemne en los casos que señala el respectivo reglamento de organización interior.

En situaciones de emergencia declaradas conforme a ley, el concejo municipal podrá dispensar del trámite de convocatoria a sesión extraordinaria, siempre que se encuentren presentes suficientes regidores como para hacer quórum, según la presente ley.

En caso de que el concejo municipal no pueda sesionar por falta de quórum, el alcalde o quien convoca a la sesión deberá notificar a los regidores que, aunque debidamente notificados, dejaron de asistir a la sesión convocada, dejando constancia de dicha inasistencia para efectos de lo establecido en el artículo 22.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Arts. 14, 20:22), 23



COMENTARIO

Las sesiones son las reuniones o juntas que tienen los miembros del Concejo a efecto de deliberar y tomar decisiones respecto de la marcha de la municipalidad en los asuntos de su competencia, de conformidad con el art. 9 de la LOM.

El artículo precisa que existes tres tipos de sesiones: a) ordinarias, b) extraordinarias y c) solemnes. Las sesiones por regla general deben ser públicas, salvo que se refieran a asuntos que puedan afectar los derechos fundamentales al honor, la intimidad personal o familiar y la propia, de acuerdo con el art. 2 inc. 7 de la Constitución Política del Estado.

Las sesiones ordinarias

El Concejo se reúne en sesión ordinaria no menos de dos, ni más de cuatro veces al mes, para tratar los asuntos de trámite regular, es decir, aquello que es propio de la marcha de la municipalidad. En las sesiones ordinarias se sigue una secuencia o estaciones, que generalmente son las siguientes: a) lectura y aprobación del acta de la sesión anterior; b) despacho; c) informes y pedidos; y d) orden del día.

Instalada la sesión, luego de haberse verificado el quórum de ley, se procede a la lectura y aprobación del acta, pudiendo el alcalde solicitar al Concejo la dispensa de la lectura del acta. En algunas municipalidades se fija en el reglamento que se notifique copia del acta a cada uno de los regidores, previa a la sesión. En estos casos procederá también dispensa de la lectura, porque se asume que los regidores ya tienen conocimiento del acta correspondiente. Terminada la lectura o aprobada la dispensa, el alcalde o los regidores formularán la observaciones que crean pertinentes, o de no existir observaciones se dará por aprobada. Las observaciones que se formulen no darán lugar a debate ni reabrir la sesión correspondiente al acta.

En la estación **despacho**, el secretario dará cuenta de todo documento que debe ser de conocimiento del Concejo, entre otros: leyes, decretos supremos o cualquier otra norma emitida que importe a la administración municipal; oficio y cartas; proyectos de ordenanzas o acuerdos; informes y dictámenes de comisiones; proposiciones, pedidos e informes de los regidores; proposiciones, pedidos e informes de la Administración.

El alcalde, o quien dirija el debate, ordenará el trámite que corresponda a cada uno de los documentos, pasando a la orden del día los asuntos que requieren debate o pronunciamiento por parte del concejo. Puede también, en algunos casos, derivar el asunto a la Comisión de Regidores para el análisis e informe correspondiente. Cuando el tema involucre al presupuesto, los bienes o rentas municipales, consideramos que necesariamente debe pasar a informe de la comisión que corresponda. ¿Qué pasa si un asunto derivado a comisiones no es resuelto por estar dentro del plazo que fije el reglamento? En este caso, el Concejo debe resolver cediendo el uso de la palabra al presidente o a los miembros de la comisión que estuvieran presentes, para que emitan opinión sobre el tema.

En la estación **informes y pedidos**, los miembros del Concejo pueden dar cuenta de las gestiones que les hubiera encargado el Concejo o de aquellos asuntos relacionados con las funciones y atribuciones que les señala la ley y que consideren deben ser puestos en conocimiento del Concejo o formular los pedidos que estimen convenientes. El informe o pedido debe ser breve y no debe admitirse ninguna forma de debate, la que corresponde a otra estación, por una cuestión de orden y de economía de tiempo. Los pedidos que requieran aprobación del Concejo pasarán a la orden del día; de quedar informes o pedidos pendientes, deberán pasar a la próxima sesión.

En la estación **orden del día** se debatirán y votarán los asuntos que hayan pasado a esta estación; los regidores fundamentarán sus informes o pedido, es la estación donde debe producirse el debate alturado, preciso sobre el asunto que se viene conociendo, evitando las dilaciones que no aporten a solventar una solución. El alcalde, o quien dirija la sesión, debe evitar que el debate se distorsione en asuntos diferentes al tema, llamando al orden o, si el regidor insiste, puede retirarle la palabra; de considerar que el asunto ha sido suficientemente debatido, lo dará por concluido pasando a la votación correspondiente.

Quien convoca a sesiones ordinarias es el alcalde, por lo que las sesiones llevadas a cabo sin su convocatoria no tienen validez legal por atentar contra las facultades establecidas en el artículo 20, inciso 2) de la LOM. La convocatoria realizada por la tercera parte del número legal de miembros del Concejo solo es aplicable para las sesiones extraordinarias, debido a que las ordinarias son sesiones ya previamente establecidas y regulares⁽²⁸⁾.

Las sesiones extraordinarias

En las sesiones extraordinarias se tratarán los asuntos para los cuales fueron convocadas (asuntos prefijados en la agenda, como lo señala la LOM). Pueden ser convocadas por el alcalde, de oficio, o a solicitud de una tercera parte del número legal de sus miembros. En el caso de no ser convocada por el alcalde dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la petición, puede hacerlo el primer regidor o cualquier otro

(28) En la R. N° 010-2012-JNE, el Tribunal Electoral señala lo siguiente: "Cabe precisar que las sesiones ordinarias son aquellas que se convocan con la periodicidad previamente establecida en la reglamentación interna del propio Concejo Municipal y se fijan para tratar los asuntos de trámite regular. En igual sentido, las sesiones extraordinarias son aquellas que se convocan para tratar asuntos específicos y tienen lugar cuando la convoca el alcalde o a solicitud de una tercera parte del número legal de sus miembros".

regidor, previa notificación escrita al alcalde. Entre la convocatoria y la sesión mediará, cuando menos, un lapso de cinco días hábiles.

El alcalde preside las sesiones y en su ausencia las preside el primer regidor; este mecanismo de suplencia se aplica tanto para las sesiones ordinarias como las extraordinarias ya que el art. 13 de la LOM no hace distinción alguna, tampoco el art. 24 de la LOM, que prescribe “en caso de ausencia o vacancia del alcalde lo reemplaza el teniente alcalde que es el primer regidor hábil que sigue en su propia lista electoral”.

Finalmente, hay que tener en cuenta lo señalado por el JNE, en la Resolución N° 0155-2012-JNE: “En consecuencia, es una obligación del alcalde y de los regidores convocar a sesión extraordinaria en los supuestos que establece la LOM, pues lo contrario supone incurrir en responsabilidad penal. En ese sentido, se debe tener especial cuidado de no confundir las atribuciones otorgadas a los regidores por la LOM con aquellas ejecutivas y de administración que se encuentran proscritas de realizar, pues, de verificarse la ocurrencia de estas últimas, las citadas autoridades pueden ser pasibles de incurrir en causal de vacancia prevista en el artículo 11 de la LOM”.

Las sesiones solemnes

Las sesiones solemnes son aquellas que tiene como finalidad exclusiva conmemorar un acto de importancia para el distrito, la provincia, la región o el país. Será materia de la sesión aquella por la cual fue convocada y no puede darse debate alguno en ella.

Para este tipo de sesiones, por su propia naturaleza, no se exige el quórum legal (obligatoriedad de asistencia), no se toman acuerdos y tampoco pueden ser computadas para el pago de las dietas. Si bien estos últimos asuntos no están expresamente señalados en la LOM, se derivan de una interpretación de los arts. 12 y 13 de la LOM que señala que los acuerdos son adoptados en las sesiones ordinarias y extraordinarias y que las dietas se pagan por asistencia efectiva a las sesiones.

Acta de la sesión

Aunque la norma no lo señala, de cada sesión de concejo (ordinaria, extraordinaria o solemne) se deber levantar un acta. Para el efecto deben seguirse las reglas del art. 102 de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, que señala: “102.1 De cada sesión es levantada un acta, que contiene la indicación de los asistentes, así como del lugar y tiempo en que ha sido efectuada, los puntos de deliberación, cada acuerdo por separado, con indicación de la forma y sentido de los votos de todos los participantes. El acuerdo expresa claramente el sentido de la decisión adoptada y su fundamento. 102.2 El acta es leída y sometida a la aprobación de los miembros del órgano colegiado al final de la misma sesión o al inicio de la siguiente, pudiendo no obstante el Secretario certificar los acuerdos específicos ya aprobados, así como el pleno autorizar la ejecución inmediata de lo acordado. 102.3 Cada acta, luego de aprobada, es firmada por el secretario, el Presidente, por quienes hayan votado singularmente y por quienes así lo soliciten”.

Es muy importante la forma cómo se recogen las sesiones de concejo en el acta correspondiente. Si bien en los últimos tiempos, con la ayuda de los recursos informáticos, pueden ser grabadas las sesiones en su totalidad; muchas veces se presentan

problemas al momento de redactar el acta, por lo que se debe tener cuidado de que la misma refleje el sentido exacto del debate y el acuerdo final arribado.

Otro aspecto importante, analizado por el JNE es respecto de quienes deben firmar el acta, para su validez. En la Resolución N° 0102-2012-JNE, se explica lo siguiente:

“El artículo 102, numeral 102.3, de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, establece que cada acta de sesión, luego de aprobada, es firmada por el secretario, el presidente, por quienes hayan votado singularmente y por quienes así lo soliciten.

Como se aprecia, esta norma incluye una nueva regla para dar fe de la existencia de las actas: ser suscritas por la presidencia, la secretaría y quien desea hacerlo, sin ser necesario que sea suscrita por todos los integrantes.

De la revisión del acta de la sesión extraordinaria, que obra a fojas 24 a 25, se aprecia que en ella consta la firma del alcalde y de los cinco regidores, es decir, de todo el concejo distrital. La ausencia de la firma del recurrente no invalida el acta de la sesión, si se tiene en cuenta que este no ha señalado que solicitó suscribir la misma ni que fue impedido de hacerlo”.

La inasistencia como causal de vacancia

La última parte de este artículo señala que en caso de que el Concejo Municipal no pueda sesionar por falta de quórum, el alcalde o quien convoca a la sesión deberá notificar a los regidores que, aunque debidamente notificados, dejaron de asistir a la sesión convocada, dejando constancia de dicha inasistencia para efectos de lo establecido en el artículo 22, es decir, la declaratoria de vacancia.

Sobre este asunto, el JNE en la Resolución N° 010-2012-JNE ha señalado lo siguiente:

“(…) este órgano colegiado estima conveniente precisar que la disposición antes referida no excluye de su ámbito de aplicación a las sesiones extraordinarias de concejo sino que se aplica indistintamente a cualquiera de ellas.

Por otro lado, el artículo 22, numeral 7, de la LOM regula la causal de vacancia del cargo de alcalde o regidor por inconcurrencia injustificada a tres sesiones ordinarias consecutivas o seis no consecutivas durante tres meses.

Si bien la norma en referencia sanciona con la declaración de vacancia únicamente a la inasistencia a las sesiones ordinarias de concejo, de una interpretación sistemática de los artículos 13 y 22 de la LOM, podemos concluir que también debe considerarse dentro del supuesto de hecho contenido en la citada causal, la inasistencia injustificada a sesiones extraordinarias de concejo, en aquellos casos en que se afecte el normal funcionamiento de la municipalidad, pues lo contrario importaría convalidar conductas en las que podrían incurrir las autoridades municipales renuentes a asistir a este tipo de sesiones”.

Casos resueltos por el TC

Un caso singular que tuvo ocasión de resolver el TC, con respecto a las sesiones reservadas, es la demanda de amparo presentada por los regidores de la Municipalidad Provincial de Puno contra determinados acuerdos de concejo y ordenanzas aprobados por el Concejo Municipal **en sesión reservada**, contraviniendo, a juicio de los demandantes, el artículo 13 de la LOM y el artículo 41 del Reglamento Interno del

Concejo Provincial de Puno, ya que la sesión no estaba referida a asuntos que puedan afectar el honor, la intimidad y la propia imagen, únicos supuestos en los que la citada Ley Orgánica y el mencionado Reglamento Interno autorizan que una sesión no sea pública. De esta forma, según los recurrentes, se ha viciado “el *iter* procedimental” para la aprobación de normas municipales, contraviniendo sus derechos fundamentales de publicidad y el derecho de participación individual o colectiva en la vida política del país. El TC resuelve del modo siguiente:

“5. Que, conforme al artículo 1 del Código Procesal Constitucional, el proceso de amparo tiene por finalidad la de proteger derechos constitucionales y no el control frente al incumplimiento de exigencias legales, salvo que con tal incumplimiento se comprometan directamente derechos constitucionales, situación que no se aprecia en el caso de autos. En efecto, a juicio de este Colegio, antes que la tutela de derechos constitucionales, se pretende, en realidad, un control de legalidad de los acuerdos y ordenanzas cuestionados, control que no corresponde realizar en el proceso de amparo. Además, los recurrentes, en estricto, no actúan en defensa de sus derechos constitucionales, sino, como ellos mismos indican a fojas 72, en ejercicio de la función fiscalizadora de la gestión municipal –que, como regidores, les otorga la Ley Orgánica de Municipalidades (artículo 10, inciso 4)–, por lo que el amparo no es la vía correspondiente para dilucidar la presente controversia”.

En el presente caso, si bien es evidente que se vulneró el *iter* procesal en la emisión de las Ordenanzas cuestionadas, tal problema debía corregirse, de ser el caso, a través del correspondiente proceso de inconstitucionalidad, conforme al inciso 1 del artículo 52 de la Ley Orgánica de Municipalidades. En el caso de los acuerdos, de conformidad con el inciso 3 del artículo 52 de dicha Ley Orgánica, debía ser corregido a través del proceso contencioso-administrativo.

Otro caso es de la regidora de la Municipalidad Distrital de San Francisco de Asís de Yarusyacán, que interpone demanda de amparo contra el alcalde de la mencionada comuna, solicitando que, reponiéndose las cosas al estado anterior a la violación de sus derechos de reunión y a la libertad de trabajo, se disponga que sea convocada y notificada para asistir a las reuniones del Concejo Municipal que se llevan a cabo los días viernes de cada semana, permitiéndosele cumplir con su trabajo de regidora activa. Manifiesta que, como regidora electa, ha estado asistiendo a dichas reuniones, pero que el emplazado está impidiendo el ejercicio de sus funciones al no notificarle, con las formalidades de ley, el lugar, la fecha y hora de realización de tales reuniones, violentando, de este modo, los derechos constitucionales invocados. El alcalde contesta la demanda solicitando que se la declare improcedente o infundada, alega que no ha violado derecho constitucional alguno, toda vez que no se ha restringido la libertad de reunión ni el derecho al trabajo de la actora. Aduce que la recurrente no ha señalado domicilio dentro del radio urbano del distrito de Yarusyacán, habiendo indicado únicamente el domicilio de un familiar que no acepta recibir ninguno de los documentos que le dirigen. Arguye, además, que no se notifican las sesiones ordinarias, sino las extraordinarias, y que, en todo caso, ello no es posible por la razón dada. En primer orden, el TC corrige el sustento de la demanda en el sentido que el derecho lesionado no sería el de reunión y libertad de trabajo sino el derecho constitucional de participar en la vida política del país. El TC, resuelve la causa STC Exp. N° 7441-2005-PA/TC, declarando fundada la demanda, basado en el siguiente razonamiento:

“3. De los documentos que corren de fojas 2 a 5 de autos, así como del escrito de contestación de demanda, de fojas 45 de autos se advierten actos y/o conductas del emplazado que impiden el ejercicio de las funciones de la recurrente, los cuales se reflejan en la información errónea contenida en el Oficio N° 054-04-A-MDSFA-YY (no hubo sesión el 27/05/2004), de fojas 3, y suscrito por el alcalde, que se contradice con el Informe de fojas 4 (el 27/05/2004 hubo sesión de Concejo). Lo mismo se desprende del argumento tercero de la contestación de la demanda, respecto de la supuesta imposibilidad de notificación de las citaciones a sesiones extraordinarias por no haber fijado domicilio la actora dentro del radio urbano del distrito de Yarusyacán, añadiendo que el domicilio señalado es el de un familiar que no permite la recepción de ningún documento dirigido a ella.

4. Sobre el particular, el emplazado ha pretendido acreditar su alegato con una supuesta ‘declaración jurada’ emitida por la Secretaria General de la comuna de Yarusyacán, documento que carece de mérito probatorio toda vez que no se sustenta en otros documentos que reflejen la veracidad de su contenido, resultando evidente que dicha funcionaria no emitiría un documento contrario a los intereses de su empleadora. Por lo demás, este Tribunal estima que el alegato de la imposibilidad de notificar las citaciones es contradictorio, pues la propia recurrente ha presentado documentos emitidos por los funcionarios de la Municipalidad de Yarusyacán que prueban la labor de notificación de actos administrativos en forma válida en el domicilio señalado por la actora.

5. En consecuencia, se ha acreditado la violación del derecho de la recurrente –en su calidad de regidora de la comuna emplazada– de participar en la vida política del país, previsto en el artículo 31 de la Constitución, por lo que corresponde estimar la demanda”.

ARTÍCULO 14.- DERECHO DE INFORMACIÓN

Desde el día de la convocatoria, los documentos, mociones y proyectos relacionados con el objeto de la sesión deben estar a disposición de los regidores en las oficinas de la municipalidad o en el lugar de celebración de la sesión, durante el horario de oficina.

Los regidores pueden solicitar con anterioridad a la sesión, o durante el curso de ella los informes o aclaraciones que estimen necesarios acerca de los asuntos comprendidos en la convocatoria. El alcalde, o quien convoque, está obligado a proporcionárselos, en el término perentorio de 5 (cinco) días hábiles, bajo responsabilidad.

El requerimiento de información de los regidores se dirige al alcalde o quien convoca la sesión.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Art. 10:5)



COMENTARIO

En cuanto al derecho de información de los regidores para las sesiones, debe hacerse una distinción con el pedido de información para efectos de fiscalización (que

se regula por el inc. 22 del art. 9 de la LOM). En este último caso, la información debe ser solicitada al Concejo Municipal, precisando las materias que se van a fiscalizar y la relación o pertinencia de la información requerida. El Concejo, luego del debate y la evaluación correspondiente, aprobará o denegará el pedido (véase nuestros comentarios en la parte pertinente).

El presente artículo 14, se refiere a la obligación que tiene el alcalde y la secretaría general para poner a disposición de los regidores, desde el día de la convocatoria, los documentos, mociones y proyectos relacionados con el objeto de la sesión; y el derecho que tienen los regidores para solicitar, con anterioridad a la sesión o en el curso de ella los informes o aclaraciones que estimen necesarios acerca de los asuntos referidos a la convocatoria. Una precisión: lo que manda la ley es que el alcalde (o quien convoca la sesión) está obligado a proporcionar a los regidores, además de la documentación que alude el primer párrafo del artículo 14, los informes o aclaraciones adicionales, lo que puede conllevar la participación de las jefaturas o áreas administrativas de la entidad.

El trámite para el pedido de información debe estar fijado en el Reglamento Interno de Concejo. Los regidores deberán dirigirse a la Secretaría de Concejo y no a mesa de partes, lo que afectaría el trámite inmediato y directo que estos pedidos ameritan.

ARTÍCULO 15.- APLAZAMIENTO DE SESIÓN

A solicitud de dos tercios del número legal de regidores, el concejo municipal aplazará por una sola vez la sesión, por no menos de 3 (tres) ni más de 5 (cinco) días hábiles y sin necesidad de nueva convocatoria, para discutir y votar los asuntos sobre los que no se consideren suficientemente informados.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Art. 10:5



COMENTARIO

Aplazar significa diferir un acto, y esta facultad de los regidores (dos tercios del número legal de regidores) se aplica tanto para las sesiones ordinarias como para las extraordinarias.

Este acto se presenta cuando, iniciada una sesión, dos tercios del número legal de regidores plantean que esta debe ser aplazada porque no se consideran suficientemente informados sobre los asuntos a discutir o votar. Facultad que pueden ejercer por una sola vez con respecto a una sesión determinada y la solicitud debe ser dirigida al alcalde o a quien presida la sesión, la que debe reanudarse en un plazo no menor de tres ni mayor de cinco días hábiles.

Pero también puede presentarse el caso de un aplazamiento temporal, cuando sin suspender la sesión se hace un receso, por un corto tiempo, para que los miembros del Concejo puedan efectuar las coordinaciones que fueran necesarias, o por incidentes que afectan la buena marcha de la misma. Concluido el plazo se reanuda la sesión.

Una figura afín a la suspensión es el levantamiento de la sesión, que es la terminación abrupta de una sesión, cuando se presentan situaciones imprevistas (disturbios, protestas, etc.) o de fuerza mayor, que afectan la seguridad, haciendo imposible el desarrollo de la sesión. En este caso, el alcalde sustentará las razones y dispondrá el levantamiento de la sesión. Levantada la sesión no puede continuarse y tendrá que efectuarse una nueva convocatoria.

ARTÍCULO 16.- QUÓRUM

El quórum para las sesiones del concejo municipal es de la mitad más uno de sus miembros hábiles.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Art. 18



COMENTARIO

El término quórum conlleva dos acepciones: a) número de individuos necesario para que un cuerpo deliberante tome ciertos acuerdos; y b) proporción de votos favorables para que haya acuerdo. En el caso del presente artículo, estamos ante la primera acepción o sea el número mínimo para que el concejo pueda sesionar válidamente.

Señala la norma que el quórum para las sesiones del Concejo es de la mitad más uno de sus miembros hábiles. Se entiende como miembros no hábiles a quienes se encuentren con licencia concedida por el Concejo (conforme al inc. 27 del art. 9 de la LOM), así como a los suspendidos en el ejercicio de sus funciones (conforme al art. 25 de la LOM). A efectos del cómputo del quórum y las votaciones, se considera en el número legal de miembros del Concejo Municipal, al alcalde y los regidores elegidos conforme a la ley electoral correspondiente, a tenor del art. 18 de la LOM.

En términos generales no debería presentarse problemas en el quórum (o más precisamente, la falta de quórum) para el inicio de las sesiones válidamente convocadas, sin embargo en la práctica se da la inasistencia injustificada a las sesiones por parte de algunos regidores, que en algunos casos frisa el cálculo político; de allí que la norma ha puesto un correctivo en el último párrafo del art. 13 de la LOM, que señala “En caso de que el Concejo Municipal no pueda sesionar por falta de quórum, el alcalde o quien convoca a la sesión deberá notificar a los regidores que, aunque debidamente notificados, dejaron de asistir a la sesión convocada, dejando constancia de dicha inasistencia para efectos de lo establecido en el artículo 22”. Y el art. 22 inc. 7 sanciona con vacancia la incomparecencia injustificada a tres sesiones ordinarias consecutivas o seis no consecutivas durante tres meses.

ARTÍCULO 17.- ACUERDOS⁽²⁹⁾

Los acuerdos son adoptados por mayoría calificada o mayoría simple, según lo establece la presente Ley.

El alcalde tiene solo voto dirimente en caso de empate.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Arts. 20:3), 41, 51



COMENTARIO

Este artículo fue modificado por la Ley N° 28268, publicada el 3 de julio de 2004. Antes de la modificación el alcalde tenía derecho a voto, además de emitir voto dirimente en caso de empate. En la actualidad, el alcalde solo vota a fin de dirimir en caso de empate. En la práctica, y en la mayoría de los casos, el alcalde es un miembro del Concejo con voz (art. 5 de la LOM), pero con facultades limitadas ante la imposibilidad de emitir voto. Es más, en cuanto miembro del Concejo se le toma en cuenta para el quórum del número legal (art. 18 de la LOM), pero aún en este caso (de no presentarse empate) tampoco podrá emitir voto. Tampoco puede emitir voto en contra de un acuerdo contrario a ley, en el marco de lo dispuesto en el art. 11 de la LOM, lo que si le está facultado a los regidores; lo que si bien lo exime de responsabilidad, lo disminuye en su papel de presidente del órgano colegiado y como representante legal de la municipalidad, a la que sin duda afecta cualquier acuerdo que vaya en contra de las disposiciones legales.

Es conveniente reseñar la STC Exp. N° 00019-2008-PI/TC, en el proceso de inconstitucional interpuesto contra la Ordenanza N° 167 que aprobó el Reglamento Interno de la Municipalidad Distrital del Rímac. El cuestionamiento se centraba en que el “voto dirimente” regulado en el artículo 37 del citado Reglamento, al señalar que el alcalde “**vota solo en casos de empate y en calidad de dirimente**”, contraviene lo dispuesto en el artículo 17 de la LOM, que no establece ninguna limitación o exclusión para que el alcalde pueda ejercer su derecho a votar en los acuerdos del Concejo Municipal, más aún cuando él mismo es considerado miembro de dicho Concejo. Asimismo, sostiene que el cuestionado artículo vulnera el artículo 2, inciso 24, literal a) de la Constitución, así como el artículo 9, numeral 10 de la LOM. El TC resuelve:

“19. Por último, el demandante advierte una supuesta contradicción entre el artículo 37 del citado Reglamento (el cual señala que ‘el alcalde vota **solo** en caso de empate y en calidad de dirimente’) y el artículo 17 de la LOM (que señala que ‘el alcalde tiene solo voto dirimente en caso de empate’), lo cual a su juicio resulta inconstitucional, pues el Reglamento estaría limitando el voto del alcalde **solo** para los casos de empate, limitación que no se encontraría prevista en la LOM.

20. Al respecto, este Tribunal estima que, si bien la redacción del artículo 17 de la actual LOM resulta deficiente, es claro que la intención del legislador ha sido

(29) Artículo modificado por el artículo único de la Ley N° 28268, publicada el 03/07/2004.

limitar la votación del alcalde en las sesiones del Concejo solo para los casos de empate. Ello se puede corroborar si comparamos la redacción actual del artículo 17 con aquella otra que preexistía a la modificación introducida por la Ley N° 28268. En efecto, antes de la modificación, el artículo 17 se establecía lo siguiente: **'el alcalde tiene voto dirimente en caso de empate, aparte de su voto, como miembro del Concejo'**. En ese sentido, resulta válido inferir que, si el legislador eliminó esta última parte del artículo, y en su lugar, añadió la palabra "solo", su intención ha sido limitar la votación del alcalde solo para los casos de empate. Por lo demás, a efectos de aclarar el sentido de la norma, resulta útil acudir a la Exposición de Motivos de la citada Ley modificatoria, en la cual se puede leer lo siguiente: **'(...) creemos que el alcalde no debe votar, debiendo hacerlo solo en el caso exista un empate en la votación, por lo que amerita una urgente modificación de la ley para subsanar dichos errores y sobre todo para que el alcalde vote solo en caso de empate como era con la anterior Ley N° 23853'**".

Queda claro, entonces, que el alcalde solo puede emitir voto dirimente de producirse un caso de empate.

Mayoría simple, mayoría calificada, mayoría absoluta

La mayoría simple, o también llamada mayoría común, es el sistema de votación en el que se requieren para aprobar un acuerdo más votos a favor que en contra, es decir, se eligen la opción que tenga más votos (siempre respetando por supuesto el quórum legal del art. 16 de la LOM). La mayoría calificada exige un número mínimo de votación, por ejemplo, para la vacancia necesita de dos tercios del número legal (art. 23 de la LOM). En la mayoría absoluta se necesita para su aprobación un mínimo de la mitad más uno de los votos del número legal de miembros del Concejo, por ejemplo, el acuerdo para la creación de empresas municipales con el voto favorable de más de la mitad (art. 35 de la LOM).

La votación del alcalde en los procesos de vacancia

Al respecto, el JNE ha señalado: "(...) en las Resoluciones N°s 647-2009-JNE y 427-A-2009-JNE, que, para las sesiones de concejo, la LOM establece dos casos distintos: a) el supuesto general (artículo 17), por el cual el alcalde únicamente tiene voto dirimente en caso de empate; y, b) el supuesto especial (artículo 23, primer párrafo), referido exclusivamente a las sesiones extraordinarias donde se discuta pedidos de vacancia. En este último caso, se requiere el voto conforme de los dos tercios **del número legal de miembros del Concejo**; esto es, del alcalde y los regidores (artículo 18 de la ley acotada). Entonces, en el texto normativo invocado, se manifiesta explícitamente que el alcalde está permitido de votar. Siendo así, el alegado impedimento de votar, que el apelante atribuye al alcalde, debe ser rechazado" (véase también la Resolución N° 0101-2012-JNE).

En la Resolución N° 089-2012-JNE, también se exponen criterios para la votación en el proceso de vacancia: "Se debe tener en cuenta que el número legal de miembros del Concejo Municipal es la suma del alcalde y todos los regidores elegidos, y que los mismos están en la obligación de emitir su voto en un procedimiento de vacancia, ya sea a favor o en contra, incluyendo el miembro contra quien vaya dirigida dicha solicitud; en consecuencia, ningún miembro puede abstenerse de votar, conforme a lo

dispuesto en el artículo 101 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aplicación supletoria que establece: ‘Salvo disposición legal en contrario, los integrantes de órganos colegiados asistentes a la sesión y no impedidos legalmente de intervenir, deben afirmar su posición sobre la propuesta en debate, estando prohibidos de inhibirse de vota’. En caso de que el alcalde o el regidor consideren que el procedimiento de vacancia o suspensión, o el acuerdo que se vaya a adoptar, sean contrarios a la ley, estos deben dejar a salvo su voto; es decir, votar en contra a fin de no incurrir en responsabilidad, conforme al artículo 11 de la LOM, como se ha establecido en la jurisprudencia por parte de este Colegiado (Resolución N° 724-2009-JNE y Resolución N° 0730-2011-JNE)”.

ARTÍCULO 18.- NÚMERO LEGAL Y NÚMERO HÁBIL

Para efecto del cómputo del quórum y las votaciones, se considera en el número legal de miembros del concejo municipal, al alcalde y los regidores elegidos conforme a la ley electoral correspondiente. Se considera como número hábil de regidores el número legal menos el de los regidores con licencia o suspendidos.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Arts. 16, 25



COMENTARIO

Este artículo establece la modalidad para el cómputo del quórum y la votaciones, concordante con en el art. 16 de la LOM que define “El quórum para las sesiones del Concejo Municipal es de la mitad más uno de sus miembros hábiles”, y el art. 17 que precisa la forma en que el Concejo adopta sus acuerdos.

Señala que en el número legal de miembros del Concejo Municipal, se contabilizan al alcalde más los regidores elegidos conforme a la ley electoral correspondiente.

La LOM exige el cómputo sobre la base del número legal, en los siguientes artículos:

- En el art. 13 para la convocatoria a sesión extraordinaria por parte de los regidores (tercera parte del número legal de miembros del Concejo).
- En el art. 15 para el aplazamiento de la sesión (dos tercios del número legal). Consideramos que en este caso, así como en los arts. 35, 61, 66 y 94, existe un error de redacción al referirse al “**número legal de regidores**”, ya que en virtud al presente artículo 18 en el cómputo legal se debe computar al alcalde más los regidores.
- En el art. 23 para la declaratoria de vacancia (dos tercios del número legal de miembros).
- En el art. 36 para la iniciativa en la creación de empresas municipales (la mitad del número legal).
- En el art. 61 para la petición de adjudicación de tierras del Estado (dos terceras partes del número legal).

- En el art. 66 para la aprobación de la donación, cesión o concesión (dos tercios del número legal).
- En el art. 69 para la celebración de operaciones de crédito (mayoría del número legal).
- En el art. 94 para el requerimiento de expropiación (mitad del número legal).
- En el art. 102 para la representación de la sociedad civil en el Consejo de Coordinación (40 % del número legal).

Por otro lado, define lo que se conoce como número hábil de regidores, señalando que es el número legal menos el de los regidores con licencia o suspendidos.

ARTÍCULO 19.- NOTIFICACIÓN

El acto de la notificación tiene por objeto poner en conocimiento de los interesados el contenido de lo acordado o resuelto por los órganos de gobierno y de administración municipal.

Los actos administrativos o de administración que requieren de notificación solo producen efectos en virtud de la referida notificación hecha con arreglo a lo dispuesto en esta ley y la Ley de Procedimiento Administrativo General, salvo los casos expresamente exceptuados.

Las notificaciones de carácter tributario se sujetan a las normas del Código Tributario.

CONCORDANCIAS:

C.T. Arts. 104, 105, 106
Ley N° 27444 Arts. 16, 18, 19, 20, 24



COMENTARIO

A tenor del art. 16 de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, el acto administrativo es eficaz a partir de que la notificación legalmente realizada produce sus efectos. Por su parte, el art. 15 de la misma ley, señala que los vicios incurridos en la ejecución de un acto administrativo, o en su notificación a los administrados, son independientes de su validez. Este artículo 19 de la LOM señala, asimismo, que los actos administrativos y los de administración⁽³⁰⁾ que requieren noti-

(30) Ley N° 27444.- Artículo 1.- “Concepto de acto administrativo

1.1 Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.

1.2 No son actos administrativos:

1.2.1 Los actos de administración interna de las entidades destinados a organizar o hacer funcionar sus propias actividades o servicios. Estos actos son regulados por cada entidad, con sujeción a las disposiciones del Título Preliminar de esta Ley, y de aquellas normas que expresamente así lo establezcan.

1.2.2 Los comportamientos y actividades materiales de las entidades”.

ficación solo producen sus efectos a partir de la notificación. Por lo que es importante diferenciar, en forma somera, los términos validez y eficacia.

Un acto administrativo es válido cuando es dictado conforme al ordenamiento jurídico, a tenor del art. 8 de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, y cumple con los requisitos de validez del art. 3 de la misma Ley, es decir, competencia, objeto o contenido, finalidad pública, motivación y procedimiento regular.

Por su parte, un acto administrativo es eficaz cuando, además de ser válido, producen efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta; es decir, cuando produce un cambio concreto en la realidad a partir del acto de notificación, que es cuando el administrado toma conocimiento del contenido de lo acordado o resuelto por los órganos de gobierno (alcaldía o Concejo Municipal) y los de Administración municipal (Gerencia, Subgerencia o Áreas determinadas de la Entidad, según su estructura).

De lo anterior, se desprende que un acto puede ser válido pero no eficaz cuando no se ha realizado la notificación o habiendo realizado no se ha ceñido al procedimiento estricto de la ley. Sin embargo, la falta o defecto en la notificación, no afecta la validez del acto, el que, una vez debidamente diligenciado, producirá todos sus efectos.

Solo hay una excepción a la eficacia del acto a partir de la notificación, es el caso contemplado en la segunda parte del art. 16 de la Ley N° 27444, que precisa que “El acto administrativo que otorga beneficio al administrado se entiende eficaz desde la fecha de su emisión, salvo disposición diferente del mismo acto”. En este caso concreto, la falta de notificación o la notificación defectuosa no le impide al acto producir sus efectos, que se entiende eficaz desde la fecha de emisión.

Las notificaciones de los actos administrativos a que se refiere este artículo, deben notificarse siguiendo los procedimientos señalados en los arts. 18 al 27 de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General.

Las entidades deben tener en cuenta que el art. 20 de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, norma establece las modalidades de notificación **en un determinado orden de prelación**, indicando expresamente que no es permitido suplir alguna modalidad con otra, bajo sanción de nulidad de la notificación; por lo que, siendo la notificación personal la primera modalidad en el orden de prelación, ésta debe ser diligenciada conforme a lo dispuesto en el artículo 21 de la ley acotada; una vez agotada esta modalidad debe pasarse en vía subsidiaria a la notificación por publicación, según las reglas establecidas por el art. 23 de la misma Ley.

Notificaciones de carácter tributario

En el caso de notificaciones de carácter tributario, deben seguirse los procedimientos de los arts. 104 al 113 del TUO del Código Tributario (D.S. N° 156-2004-EF), en concordancia además con lo dispuesto en el art. 70 de la LOM, que señala: “El sistema tributario de las municipalidades, se rige por la ley especial y el Código Tributario en la parte pertinente”.

Los actos de carácter tributario son aquellos que nacen de la administración y recaudación de los ingresos tributarios que señala el art. 3 del TUO del Código Tributario, a saber: a) los impuestos municipales creados y regulados por las disposiciones del Título II (Predial, Alcabala, Patrimonio Vehicular, Apuestas, Juego, Espectáculos Público no Deportivos); b) las contribuciones y tasas que determinen los concejos municipales, en el marco de los límites establecidos por el Título III; c) los impuestos nacionales creados en favor de las municipalidades y recaudados por el Gobierno central, conforme a las normas establecidas en el Título IV (Promoción Municipal, al Rodaje, Embarcaciones de Recreo); d) los contemplados en las normas que rigen el Fondo de Compensación Municipal.

SUBCAPÍTULO II

LA ALCALDÍA

ARTÍCULO 20.- ATRIBUCIONES DEL ALCALDE

Son atribuciones del alcalde:

1. Defender y cautelar los derechos e intereses de la municipalidad y los vecinos;
2. Convocar, presidir y dar por concluidas las sesiones del concejo municipal;
3. Ejecutar los acuerdos del concejo municipal, bajo responsabilidad;
4. Proponer al concejo municipal proyectos de ordenanzas y acuerdos;
5. Promulgar las ordenanzas y disponer su publicación;
6. Dictar decretos y resoluciones de alcaldía, con sujeción a las leyes y ordenanzas;
7. Dirigir la formulación y someter a aprobación del concejo el plan integral de desarrollo sostenible local y el programa de inversiones concertado con la sociedad civil;
8. Dirigir la ejecución de los planes de desarrollo municipal;
9. Someter a aprobación del concejo municipal, bajo responsabilidad y dentro de los plazos y modalidades establecidos en la Ley Anual de Presupuesto de la República, el Presupuesto Municipal Participativo, debidamente equilibrado y financiado;
10. Aprobar el presupuesto municipal, en caso de que el concejo municipal no lo apruebe dentro del plazo previsto en la presente ley;
11. Someter a aprobación del concejo municipal, dentro del primer trimestre del ejercicio presupuestal siguiente y bajo responsabilidad, el balance general y la memoria del ejercicio económico fenecido;
12. Proponer al concejo municipal la creación, modificación, supresión o exoneración de contribuciones, tasas, arbitrios, derechos y licencias; y, con acuerdo del concejo municipal, solicitar al Poder Legislativo la creación de los impuestos que considere necesarios;
13. Someter al concejo municipal la aprobación del sistema de gestión ambiental local y de sus instrumentos, dentro del marco del sistema de gestión ambiental nacional y regional;
14. Proponer al concejo municipal los proyectos de reglamento interno del concejo municipal, los de personal, los administrativos y todos los que sean necesarios para el gobierno y la administración municipal;
15. Informar al concejo municipal mensualmente respecto al control de la recaudación de los ingresos municipales y autorizar los egresos de conformidad con la ley y el presupuesto aprobado;

16. Celebrar matrimonios civiles de los vecinos, de acuerdo con las normas del Código Civil;
17. Designar y cesar al gerente municipal y, a propuesta de este, a los demás funcionarios de confianza;
18. Autorizar las licencias solicitadas por los funcionarios y demás servidores de la municipalidad;
19. Cumplir y hacer cumplir las disposiciones municipales con el auxilio del serenazgo y la Policía Nacional;
20. Delegar sus atribuciones políticas en un regidor hábil y las administrativas en el gerente municipal;
21. Proponer al concejo municipal la realización de auditorías, exámenes especiales y otros actos de control;
22. Implementar, bajo responsabilidad, las recomendaciones contenidas en los informes de auditoría interna;
23. Celebrar los actos, contratos y convenios necesarios para el ejercicio de sus funciones;
24. Proponer la creación de empresas municipales bajo cualquier modalidad legalmente permitida, sugerir la participación accionaria, y recomendar la concesión de obras de infraestructura y servicios públicos municipales;
25. Supervisar la recaudación municipal, el buen funcionamiento y los resultados económicos y financieros de las empresas municipales y de las obras y servicios públicos municipales ofrecidos directamente o bajo delegación al sector privado;
26. Presidir las Comisiones Provinciales de Formalización de la Propiedad Informal o designar a su representante, en aquellos lugares en que se implementen;
27. Otorgar los títulos de propiedad emitidos en el ámbito de su jurisdicción y competencia;
28. Nombrar, contratar, cesar y sancionar a los servidores municipales de carrera;
29. Proponer al concejo municipal las operaciones de crédito interno y externo, conforme a Ley;
30. Presidir el comité de defensa civil de su jurisdicción;
31. Suscribir convenios con otras municipalidades para la ejecución de obras y prestación de servicios comunes;
32. Atender y resolver los pedidos que formulen las organizaciones vecinales o, de ser el caso, tramitarlos ante el concejo municipal;
33. Resolver en última instancia administrativa los asuntos de su competencia de acuerdo al Texto Único de Procedimientos Administrativos de la Municipalidad;
34. Proponer al concejo municipal espacios de concertación y participación vecinal;
35. Las demás que le correspondan de acuerdo a ley.
36. Presidir, instalar y convocar al comité provincial o distrital de seguridad ciudadana, según sea el caso⁽³¹⁾.

CONCORDANCIAS:

C.C. Art. 248

(31) Inciso incorporado por la Ley N° 30055, publicada el 30/06/2013.

Ley N° 27972 Arts. 13, 17, 35, 44, 50, 97
Ley N° 28056 Arts. 1, 2

COMENTARIO

Veamos las atribuciones del alcalde, punto por punto:

1. Defender y cautelar los derechos e intereses de la municipalidad y los vecinos

De conformidad con el art. 194 de la Constitución, la alcaldía es el órgano ejecutivo de la municipalidad, y el art. 6 de la LOM señala que el alcalde es el representante legal de la municipalidad y su máxima autoridad administrativa. En concordancia con estas normas, el presente inciso establece que es atribución del alcalde defender y cautelar los derechos e intereses de la municipalidad y los vecinos.

2. Convocar, presidir y dar por concluidas las sesiones del Concejo Municipal

Las sesiones del Concejo Municipal se rigen por las disposiciones señaladas en los arts. 13, 15, 16, 17 y 18 de la LOM. Además de las atribuciones señaladas de convocar, presidir y dar por concluidas las sesiones del Concejo, compete al alcalde voto dirimente en caso de empate de conformidad con el art. 17 de la LOM, modificado por la Ley N° 28268.

3. Ejecutar los acuerdos del Concejo Municipal, bajo responsabilidad

Dejábamos señalado antes que de conformidad con el art. 194 de la Constitución y los arts. 5 y 6 de la LOM, el Concejo Municipal es el órgano normativo y fiscalizador y la alcaldía es el órgano ejecutivo. En consecuencia, los acuerdos que en mérito a sus atribuciones tome el concejo serán ejecutados por el alcalde. La ejecución se hará en los términos que fije el mandato del Concejo, no pudiendo el alcalde limitar o extender sus alcances.

4. Proponer al Concejo Municipal proyectos de ordenanzas y acuerdos

El derecho de iniciativa legislativa de los gobiernos locales está legislado en los arts. 107 y 195 de la Constitución, con la modificatoria introducida por la Ley N° 27680.

Este inciso hay que concordarlo con el inc. 8 del art. 9 de la LOM, que señala que es atribución del concejo aprobar las ordenanzas y los acuerdos.

5. Promulgar las ordenanzas y disponer su publicación

Tal como lo hace el Presidente de la República con las normas que aprueba el Congreso, el Alcalde como órgano ejecutivo es el encargado de promulgar las ordenanzas y disponer su publicación, de acuerdo al mandato del art. 44 de la LOM.

6. Dictar decretos y resoluciones de alcaldía, con sujeción a las leyes y ordenanzas

Esta disposición es concordante con el art. 42 de la LOM, que dispone que los decretos de alcaldía establecen normas reglamentarias y de aplicación de las ordenanzas, sancionan los procedimientos necesarios para la correcta y eficiente administración municipal y resuelven o regulan asuntos de orden general y de interés para el vecindario, que no sean de competencia del Concejo Municipal. También es concordante con el

art. 43 de la LOM que prescribe que las resoluciones de alcaldía aprueban y resuelven los asuntos de carácter administrativo.

La sujeción a las leyes y ordenanzas es propia de la naturaleza de la municipalidad, la que ejercerá autonomía en los asuntos de su competencia, ejerciendo actos de gobierno, administrativos o de administración, con sujeción al ordenamiento jurídico, tal como lo dispone el art. II de la LOM. Tal sujeción también se deriva del principio de legalidad, que es uno de los que rigen la administración municipal, a tenor del art. 26 de la LOM. En mérito al principio de legalidad –prescribe el numeral 1.1. del art. IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General– 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; su incumplimiento acarreará su nulidad de pleno derecho, conforme al numeral 1 del art. 10 de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

7. Dirigir la formulación y someter a aprobación del Concejo el plan integral de desarrollo sostenible local y el programa de inversiones concertado con la sociedad civil

El art. IX del Título Preliminar de la LOM señala que el proceso de planeación local es integral, permanente y participativo, articulando a las municipalidades con sus vecinos. En dicho proceso se establecen las políticas públicas de nivel local, teniendo en cuenta las competencias y funciones específicas exclusivas y compartidas establecidas para las municipalidades provinciales y distritales.

El desarrollo local en la Administración municipal es el objeto central de la acción municipal, y le corresponde al alcalde liderar ese proceso.

8. Dirigir la ejecución de los planes de desarrollo municipal

Los planes de desarrollo se fijan de acuerdo al art. 97 de la LOM. Véase nuestros comentarios a este artículo.

9. Someter a aprobación del Concejo Municipal, bajo responsabilidad y dentro de los plazos y modalidades establecidos en la Ley Anual de Presupuesto de la República, el Presupuesto Municipal Participativo, debidamente equilibrado y financiado

El alcalde somete a aprobación y será el Concejo quien aprueba el presupuesto participativo, de conformidad con el inc. 1 del art. 9 de la LOM. Además, los presupuestos se rigen por el art. 53 de la LOM. Véase nuestros comentarios a este artículo.

10. Aprobar el presupuesto municipal en caso de que el Concejo Municipal no lo apruebe dentro del plazo previsto en la presente ley

Esta es una labor correctiva a la del Concejo Municipal, en el que caso que este no apruebe el presupuesto participativo, lo que además del cumplimiento de los plazos de ley y sus consecuencias, podría retardar la acción municipal, perjudicando a la comuna. Por tanto, teniendo en cuenta el interés público, será el alcalde quien supla la función del Concejo a que se refiere el inc. 1 del art. 9 de la LOM.

11. Someter a aprobación del Concejo Municipal, dentro del primer trimestre del ejercicio presupuestal siguiente y bajo responsabilidad, el balance general y la memoria del ejercicio económico fenecido

De acuerdo al inc. 17 del art. 9 de la LOM, es el Concejo el que aprueba el balance y la memoria, pero es obligación del alcalde someterlo al Concejo para su aprobación. Otro dispositivo aplicable al caso, es el art. 54 de la LOM, el cual precisa que fenecido el ejercicio presupuestal, bajo responsabilidad del gerente municipal, o quien haga sus veces, se formula el balance general de ingresos y egresos y se presenta la memoria anual, documentos que deben ser aprobados por el Concejo Municipal dentro de los plazos establecidos por el Sistema Nacional de Contabilidad.

12. Proponer al Concejo Municipal la creación, modificación, supresión o exoneración de contribuciones, tasas, arbitrios, derechos y licencias; y, con acuerdo del Concejo Municipal, solicitar al Poder Legislativo la creación de los impuestos que considere necesarios

Este dispositivo hay que concordarlo con la Constitución, con el art. 74 que señala que: “Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o Decreto Legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante Decreto Supremo. Los gobiernos regionales y los gobiernos locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de estas, dentro de su jurisdicción, y con los límites que señala la ley. El Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de la ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona. Ningún tributo puede tener carácter confiscatorio”; con el art. 195, que precisa que los gobiernos locales son competentes para crear, modificar y suprimir contribuciones, tasas, arbitrios, licencias y derechos municipales, conforme a ley, y el art. 196 que señala que son bienes y rentas de las municipalidades, las contribuciones, tasas, arbitrios, licencias y derechos creados por ordenanzas municipales, conforme a ley.

En la medida que la facultad tributaria municipal se ejerce a través de ordenanzas municipales es atribución del Concejo su aprobación, de conformidad con el inc. 9 del art. 9 de la LOM, teniendo el alcalde la facultad de iniciativa.

13. Someter al Concejo Municipal la aprobación del sistema de gestión ambiental local y de sus instrumentos, dentro del marco del sistema de gestión ambiental nacional y regional

La protección y conservación del ambiente es una de las competencias expresamente señaladas para las municipalidades en el art. 73 de la LOM.

Los sistemas de gestión serán aprobados por el Concejo Municipal, de conformidad con el inc. 7 del art. 9 de la LOM.

14. Proponer al Concejo Municipal los proyectos de reglamento interno del Concejo Municipal, los de personal, los administrativos y todos los que sean necesarios para el gobierno y la administración municipal

La facultad de elaborar su reglamento interno es el ejercicio de la facultad administrativa de las municipalidades, por tanto será el alcalde quien proponga los proyectos de reglamento interno, los administrativos, los de personal y todos los que sean necesarios

para el gobierno y la administración municipal. Corresponderá al Concejo aprobarlos, de conformidad con el inc. 3 del art. 9 de la LOM.

En la Resolución N° 024-2012-JNE se planteó que los regidores no tienen facultades para proponer el Reglamento Interno de Concejo (en adelante, RIC), siendo una atribución exclusiva del alcalde. El JNE resuelve lo siguiente: "(...) la LOM establece como una de las atribuciones de los regidores el de proponer proyectos de ordenanzas, sin que se establezca de manera expresa la prohibición de que estos puedan elaborar un proyecto de RIC y solicitar que este sea debatido en una sesión extraordinaria de Concejo, pues ello no implica que dicho proyecto tenga que ser aprobado de manera obligatoria, sino que al ser sometido a debate del pleno del Concejo pueda ser rechazado o modificado. Aún más, no se debe perder de vista de que esta constituye una labor propia del ejercicio de su cargo, máxime si como integrantes del órgano máximo de deliberación del Concejo Municipal pueden someter a debate dichos proyectos e iniciativas".

15. Informar al Concejo Municipal mensualmente respecto al control de la recaudación de los ingresos municipales y autorizar los egresos de conformidad con la ley y el presupuesto aprobado

Una de las funciones más importantes del Concejo Municipal es la de fiscalización, y en ese sentido es deber del alcalde informar mensualmente respecto al control de la recaudación de los ingresos municipales.

Por otro lado, como órgano ejecutivo, corresponde al alcalde autorizar los egresos de conformidad con la ley y el presupuesto respectivo.

Una atribución conexas es la señalada en el inc. 25 de este mismo artículo, que precisa que el Alcalde supervisa la recaudación, el buen funcionamiento y los resultados económicos y financieros de las empresas municipales y de las obras y servicios públicos municipales ofrecidos directamente o bajo delegación al Sector Privado.

16. Celebrar matrimonios civiles de los vecinos, de acuerdo con las normas del Código Civil

El matrimonio civil se rige por las normas del Código Civil. Es una competencia que puede ser delegada.

17. Designar y cesar al gerente municipal y, a propuesta de este, a los demás funcionarios de confianza

El art. 27 de la LOM, señala que la administración municipal está bajo la dirección y responsabilidad del gerente municipal, funcionario de confianza a tiempo completo y dedicación exclusiva designado por el alcalde, quien puede cesarlo sin expresión de causa.

El gerente municipal también puede ser cesado mediante acuerdo del Concejo Municipal adoptado por dos tercios del número hábil de regidores en tanto se presenten cualquiera de las causales previstas en el art. 9 inc. 30 de la LOM; es decir, cuando exista acto doloso o falta grave; para mayor información puede remitirse a nuestro comentarios sobre dichos artículos.

18. Autorizar las licencias solicitadas por los funcionarios y demás servidores de la municipalidad

Es función del alcalde, en tanto máxima autoridad administrativa a tenor del art. 6 de la LOM, autorizar las licencias de los funcionarios y demás servidores.

La autorización de la licencia para el caso del alcalde y los regidores, está reservada como atribución exclusiva del Concejo Municipal, de acuerdo al inc. 27 del art. 9 de la LOM.

19. Cumplir y hacer cumplir las disposiciones municipales con el auxilio del serenazgo y la Policía Nacional

Esta disposición nace de la condición del alcalde como órgano ejecutivo del gobierno local y máxima autoridad administrativa, conforme lo señala el art. 6 de la LOM.

El art. 46 de la LOM, precisa que las normas municipales son de carácter obligatorio y su incumplimiento acarrea las sanciones correspondientes, sin perjuicio de promover las acciones judiciales sobre las responsabilidades civiles y penales a que hubiere lugar. A solicitud de la municipalidad respectiva o del ejecutor coactivo correspondiente, la Policía Nacional prestará su apoyo en el cumplimiento de las sanciones que se impongan, bajo responsabilidad.

También debe tenerse en cuenta, para el cumplimiento o el hacer cumplir las disposiciones municipales, lo dispuesto en el art. 38 de la LOM: “Ninguna autoridad puede avocarse a conocer o normar las materias que la presente ley orgánica establece como competencia exclusiva de las municipalidades. Las autoridades políticas, administrativas y policiales, ajenas al gobierno local, tienen la obligación de reconocer y respetar la preeminencia de la autoridad municipal en los asuntos de su competencia y en todo acto o ceremonia oficial realizada dentro de su circunscripción. **Dichas autoridades no pueden interferir en el cumplimiento de las normas y disposiciones municipales que se expidan con arreglo al presente subcapítulo, bajo responsabilidad**”.

Otras concordancias específicas con esta disposición, es lo normado en el art. 81 de la LOM, numeral 1.9, que precisa que es competencia municipal, supervisar el servicio público de transporte urbano de su jurisdicción, mediante la supervisión, detección de infracciones, imposición de sanciones y ejecución de ellas por incumplimiento de las normas o disposiciones que regulan dicho servicio, con el apoyo de la Policía Nacional asignada al control de tránsito; numeral 2.1, controlar, con el apoyo de la Policía Nacional, el cumplimiento de las normas de tránsito y las de transporte colectivo; sin perjuicio de las funciones sectoriales de nivel nacional que se deriven de esta competencia compartida, conforme a la Ley de Bases de la Descentralización; numeral 2.3., ejercer la función de supervisión del servicio público de transporte provincial de su competencia, contando con el apoyo de la Policía Nacional asignada al control del tránsito. Asimismo, el artículo concordante es el art. 123 de la LOM, la Policía Nacional tiene la obligación de prestar el apoyo que requiera la autoridad municipal para hacer cumplir sus disposiciones, conforme a ley; y el art. 157, numeral 18, de la LOM, que compete al Concejo Metropolitano dictar las normas necesarias para brindar el servicio de seguridad ciudadana, con la cooperación de la Policía Nacional.

En cuanto al serenazgo, es de aplicación el art. 85 de la LOM, sobre seguridad ciudadana, numeral 1.1, que señala como competencia municipal establecer un sistema

de seguridad ciudadana, con participación de la sociedad civil y de la Policía Nacional, y normar el establecimiento de los servicios de serenazgo, vigilancia ciudadana, rondas urbanas, campesinas o similares, de nivel distrital o del de centros poblados en la jurisdicción provincial, de acuerdo a ley; numeral 2.1, coordinar con las municipalidades distritales que la integran y con la Policía Nacional el servicio interdistrital de serenazgo y seguridad ciudadana.

20. Delegar sus atribuciones políticas en un regidor hábil y las administrativas en el gerente municipal

La administración municipal está bajo la dirección y responsabilidad del gerente municipal, de conformidad con el art. 27 de la LOM. Por su parte, el art. 11 de la LOM, precisa que los regidores no pueden ejercer funciones ni cargos ejecutivos o administrativos. Por lo tanto, solo pueden ser materia de delegación las atribuciones políticas del alcalde. Este dispositivo guarda concordancia con el inc. 3 del art. 10 de la LOM, que establece que son atribuciones de los regidores desempeñar por delegación las atribuciones políticas del alcalde.

Entre las atribuciones políticas delegables se encuentran las atribuciones señaladas en el art. 20 de la LOM, incisos 1, 2, 4, 5, 12, 13, 14, 16, 21, 30, 32 y 34. Las demás atribuciones del art. 20 de la LOM, se consideran administrativas.

Si bien la norma señala que las atribuciones administrativas se delegan en el gerente municipal, es pertinente preguntarnos si el alcalde podría delegar atribuciones en otro funcionario. Consideramos que si se aplica el art. 26 de la LOM, que señala que la administración municipal está sujeta a la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General; concordante con el inc. 5 del art. 1 de esta Ley que precisa que su ámbito de aplicación incluye a los gobiernos locales, y específicamente el art. 74 sobre desconcentración funcional, que dispone: “74.1 La titularidad y el ejercicio de competencia asignada a los órganos administrativos se desconcentra en otros jerárquicamente dependientes de aquellos, siguiendo los criterios establecidos en la presente Ley. 74.2 Los órganos de dirección de las entidades se encuentran liberados de cualquier rutina de ejecución, de emitir comunicaciones ordinarias y de las tareas de formalización de actos administrativos, con el objeto de que puedan concentrarse en actividades de planeamiento, supervisión, coordinación, control interno de su nivel y en la evaluación de resultados. 74.3 A los órganos jerárquicamente dependientes se les transfiere competencia para emitir resoluciones, con el objeto de aproximar a los administrados las facultades administrativas que conciernan a sus intereses. 74.4 Cuando proceda la impugnación contra actos administrativos emitidos en ejercicio de competencia desconcentrada, corresponderá resolver a quien las haya transferido, salvo disposición legal distinta”.

Comentando el art. 74 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, el doctor Morón Urbina explica “Esta regla busca generalizar la transferencia de competencias de la autoridades a los empleados, permitir que los órganos de dirección en entidades públicas se liberen de la necesidad de ejecutar los actos administrativos rutinarios, para concentrarse en actividades de planeamiento, supervisión, coordinación y fiscalización, y por otro lado que un mayor número de empleados puedan asumir las facultades de gestión, de resolución de los asuntos presentados por los ciudadanos, particularmente, en aquellas que consistan en la simple confrontación de hechos con las normas expresas o asuntos simples como certificaciones, inscripciones, remisiones a archivo,

notificaciones, expediciones de copias, comunicaciones o entrega de documentos⁽³²⁾. Por tanto, el alcalde puede delegar funciones administrativas en otro funcionario que no sea el gerente, con base en la facultad de desconcentración, emitiendo la resolución de alcaldía correspondiente; sin desmedro de su obligación de fiscalizar la gestión del delegado.

Finalmente, es importante precisar que esta facultad del alcalde tiene límites expresos en la Ley. El JNE, en la Resolución N° 0821-2011-JNE ha establecido lo siguiente:

“2. Este Supremo Tribunal Electoral, mediante la Resolución N° 231-2007-JNE, ya ha señalado que la atribución de delegación de facultades del alcalde dispuesta en el artículo 20, numeral 20, de la LOM tiene excepciones expresas. Por ejemplo, la establecida en el artículo 24 de la referida ley, la cual dispone que el teniente alcalde, es decir, el primer regidor hábil que sigue en su propia lista electoral, remplace al alcalde, no solo en los casos de vacancia, sino también en los de ausencia, lo cual implica también el ejercicio de atribuciones políticas y de funciones ejecutivas o administrativas. De esa manera, las funciones administrativas que el primer regidor lleve a cabo como consecuencia de la ausencia del alcalde, no pueden ser calificadas como configuradoras de la causal de vacancia.

El remplazo del alcalde por parte del teniente alcalde significa que, por imperio de la ley, este asume la representación legal de la municipalidad como si fuera el propio titular, apreciación sostenida por este órgano colegiado en la Resolución N° 337-2010-JNE.

3. Asimismo, se ha determinado que las condiciones para la asunción del despacho de alcaldía por ausencia del titular son, entre otras: que sea llevada a cabo cuando el alcalde se encuentre impedido de ejercer sus funciones, se configure por la existencia de razones voluntarias o involuntarias que impidan al alcalde ejercer sus funciones, sea temporal, y que la posición de encargado sea asumida por el primer regidor, siempre y cuando esté en condiciones de ejercer el cargo (Resolución N° 777-2009-JNE).

4. Desde esta perspectiva, se debe considerar que el desarrollo de esta posición se da con el fin de garantizar el normal desarrollo de las actividades municipales y la continuidad de los servicios que se presta a favor de la localidad en caso de ausencia del alcalde titular”.

Disposición del JNE, que guarda concordancia, con la Resolución N° 0821-2011-JNE, de fecha 16 de diciembre de 2011, este Supremo Tribunal Electoral declaró la vacancia de Alberto Torres Pinedo, toda vez que como tercer regidor asumió el despacho de alcaldía y en mérito de ello ejerció funciones administrativas, lo que configuró una contravención a la normativa municipal (fundamento 8).

Y en la Resolución N° 0148-2012-JNE manifiesta: “Así, este colegiado ha señalado en las Resoluciones N°s 420-2009-JNE y 639-2009-JNE que la encargatura de funciones de alcalde al teniente alcalde involucra la totalidad de las funciones políticas, ejecutivas y administrativas, en los casos en que el alcalde no pueda ejercer sus funciones

(32) MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica, Lima, octubre de 2009, p. 327.

debido a circunstancias voluntarias o involuntarias. En ese sentido, la encargatura se diferencia de la delegación de funciones, que tiene naturaleza específica y no implica la ausencia del titular que las delega”.

21. Proponer al Concejo Municipal la realización de auditorías, exámenes especiales y otros actos de control

Teniendo en cuenta que al Concejo le compete la función fiscalizadora, y es además obligación de los regidores desempeñar funciones de fiscalización de la gestión municipal, corresponde al alcalde proponer al Concejo Municipal la realización de auditoría, exámenes especiales y otros actos de control.

Encontramos una incoherencia entre este inciso y el inc. 21 del art. 9 de la LOM que preceptúa que corresponde al Concejo también solicitar la realización de exámenes especiales, auditorías económicas y otros actos de control; por tanto, dicho inciso debe entenderse en el sentido que es atribución del Concejo la **aprobación** de la realización de las medidas de control y al alcalde proponer las acciones de control correspondientes.

22. Implementar, bajo responsabilidad, las recomendaciones contenidas en los informes de auditoría interna

De conformidad con el art. 30 de la LOM, el órgano de auditoría interna de los gobiernos locales está bajo la jefatura de un funcionario que depende funcional y administrativamente de la Contraloría General de la República. Su ámbito de control abarca a todos los órganos del gobierno local y a todos los actos y operaciones, conforme a ley. El jefe del órgano de auditoría interna emite informes anuales al Concejo Municipal acerca del ejercicio de sus funciones y del estado de control del uso de los recursos municipales. Las observaciones, conclusiones y recomendaciones de cada acción de control se publican en el portal electrónico del gobierno local. En ejercicio de dichas funciones, el jefe del órgano de auditoría interna deberá garantizar el debido cumplimiento de las normas y disposiciones que rigen el control gubernamental, establecida por la Contraloría General como órgano rector del Sistema Nacional de Control.

Este inciso establece la obligatoriedad que le asiste al alcalde, bajo responsabilidad, de implementar las recomendaciones contenidas en los informes de auditoría.

23. Celebrar los actos, contratos y convenios necesarios para el ejercicio de sus funciones

El art. III del Título Preliminar de la LOM señala que la autonomía que la Constitución Política establece para las municipalidades radica en la facultad de ejercer actos de gobierno, administrativos y de administración, con sujeción al ordenamiento jurídico; y el art. 6 de la LOM, precisa que la alcaldía es el órgano ejecutivo del gobierno local y el alcalde es el representante legal de la municipalidad y su máxima autoridad administrativa. Por esta razón, compete al alcalde la atribución de celebrar los actos, contratos y convenios necesarios para el ejercicio de sus funciones.

En cuanto a los actos y contratos, es una facultad que la ejercerá el alcalde directamente, de acuerdo a las normas pertinentes. En el caso de los convenios, será necesaria la aprobación previa del Concejo, a tenor del inc. 25 del art. 9 de la LOM.

Una restricción que es la contraparte de esta atribución y que el alcalde debe tener permanentemente presente, es la señalada en el art. 63 de la LOM: “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”.

La diferencia entre convenios y contratos, se encuentra explicada en el inc. 26 del art. 9 de la LOM.

24. Proponer la creación de empresas municipales bajo cualquier modalidad legalmente permitida, sugerir la participación accionaria, y recomendar la concesión de obras de infraestructura y servicios públicos municipales

De acuerdo con el art. 35 de la LOM, las empresas municipales son creadas por ley, a iniciativa de los gobiernos locales con acuerdo del Concejo Municipal, con el voto favorable de más de la mitad del número legal de regidores. Dichas empresas adoptan cualquiera de las modalidades previstas por la legislación que regula la actividad empresarial y su objeto es la prestación de servicios públicos municipales. En esta materia, las municipalidades pueden celebrar convenios de asesoría y financiamiento con las instituciones nacionales de promoción de la inversión. Los criterios de dicha actividad empresarial tendrán en cuenta el principio de subsidiariedad del Estado y estimularán la inversión privada creando un entorno favorable para esta. En ningún caso podrán constituir competencia desleal para el sector privado ni proveer de bienes y servicios al propio municipio en una relación comercial directa y exclusiva. El control de las empresas municipales se rige por las normas de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

Con respecto a las concesiones, las normas concordantes son el inc. 18 del art. 9 de la LOM, que señala que son atribuciones del Concejo aprobar las concesiones de obras de infraestructura y servicios públicos municipales.

Las concesiones se realizarán en el marco de lo dispuesto en el art. 33 de la LOM.

25. Supervisar la recaudación municipal, el buen funcionamiento y los resultados económicos y financieros de las empresas municipales y de las obras y servicios públicos municipales ofrecidos directamente o bajo delegación al sector privado

Una atribución conexas es la del inc. 15 de este artículo, que señala que el alcalde debe informar al Concejo Municipal mensualmente respecto del control de la recaudación de los ingresos municipales.

El control abarca la gestión municipal, la recaudación, los resultados económicos y financieros de las empresas municipales, los servicios públicos municipales ofrecidos directamente o bajo delegación al sector privado.

26. Presidir las Comisiones Provinciales de Formalización de la Propiedad Informal o designar a su representante, en aquellos lugares en que se implementen

Norma concordante es la última parte del art. 79 de la LOM, que señala que en el saneamiento de la propiedad informal la Comisión de Formalización de la Propiedad

Informal actuará como órgano técnico de asesoramiento de los gobiernos locales, para cuyo efecto se suscribirán los convenios respectivos.

27. Otorgar los títulos de propiedad emitidos en el ámbito de su jurisdicción y competencia

El art. 2 del D.S. N° 005-2001-JUS –que crea las Comisiones Provinciales de Formalización de la Propiedad Informal–, asumiendo las funciones de Cofopri, señala que corresponde al alcalde provincial, en el ámbito de su jurisdicción, otorgar los títulos de propiedad.

Las Comisiones Provinciales de Formalización de la Propiedad Informal tienen como funciones: planificar, organizar, coordinar y, ejecutar a través de su Secretaría Técnica, en concordancia con los Planes de Desarrollo Urbano de cada localidad, el proceso de formalización de las posesiones informales hasta la inscripción de los títulos, u otros instrumentos en la oficina registral competente.

Si bien el alcalde provincial entrega los títulos, existe un deber de coordinación con las municipalidades distritales correspondientes.

Las Comisiones Provinciales de Formalización de la Propiedad Informal estarán integradas por representantes de la Municipalidad Provincial, la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal –Cofopri–, la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos –Sunarp–, el Registro Predial Urbano –RPU– y otros miembros cuya participación se considere necesaria por la propia Comisión.

28. Nombrar, contratar, cesar y sancionar a los servidores municipales de carrera

Esta atribución del alcalde, nace de su condición de ser representante legal de la municipalidad y su máxima autoridad administrativa. Tanto el nombramiento, la contratación, el cese y la sanción a los servidores municipales de carrera se sujetarán a las disposiciones del D. Leg. N° 276 –Ley de Bases de la Carrera Administrativa y su Reglamento– D.S. N° 005-90-PCM, y en la medida que se vaya implementando la Ley N° 30055 - Ley del Servicio Civil.

Se encuentran incorporados también dentro de esta facultad, los trabajadores sujetos a los Contratos Administrativos de Servicios (CAS), de acuerdo con su normativa específica, el D. Leg. N° 1057 –que regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios y su Reglamento– y el D.S. N° 075-2008-PCM.

29. Proponer al Concejo Municipal las operaciones de crédito interno y externo, conforme a ley

De acuerdo con el art. 69 de la LOM, los gobiernos locales pueden celebrar operaciones de crédito con cargo a sus recursos y bienes propios, requiriendo la aprobación de la mayoría del número legal de miembros del Concejo Municipal. La concertación y contratación de los empréstitos y operaciones de endeudamiento se sujetan a la Ley de Endeudamiento del Sector Público. Los servicios de amortización e intereses no pueden superar el 30% (treinta) de los ingresos del año anterior.

El inciso 24 del art. 9 de la LOM señala que es facultad del Concejo aprobar los endeudamientos internos y externos, exclusivamente para obras y servicios públicos, por mayoría calificada y conforme a ley.

30. Presidir el Comité de Defensa Civil de su jurisdicción

El art. 85 de la LOM, señala que las municipalidades en materias de seguridad ciudadana ejercen las siguientes funciones: a) funciones específicas exclusivas de las municipalidades provinciales; b) ejercer la labor de coordinación para las tareas de defensa civil en la provincia, con sujeción a las normas establecidas en lo que respecta a los Comités de Defensa Civil Provinciales; c) funciones específicas exclusivas de las municipalidades distritales; d) coordinar con el Comité de Defensa Civil del distrito las acciones necesarias para la atención de las poblaciones damnificadas por desastres naturales o de otra índole.

31. Suscribir convenios con otras municipalidades para la ejecución de obras y prestación de servicios comunes

El art. 76 de la LOM señala que las municipalidades pueden delegar, entre ellas o a otras entidades del Estado, las competencias y funciones específicas exclusivas establecidas en la LOM, en los casos en que se justifique la necesidad de brindar a los vecinos un servicio oportuno y eficiente, o por economía de escalas. Los convenios establecen la modalidad y el tiempo de la delegación, así como las condiciones y causales para su revocación. Los convenios en materia tributaria se rigen por ley especial. La responsabilidad es indelegable.

Por su parte, el art. 124 de la LOM, precisa que las relaciones que mantienen las municipalidades entre ellas, son de coordinación, de cooperación o de asociación para la ejecución de obras o prestación de servicios. Se desenvuelven con respeto mutuo de sus competencias y gobierno.

La suscripción de convenios no es una atribución que puede ejercerla el alcalde de manera directa sino que es necesaria la aprobación previa del Concejo Municipal, de conformidad con el inc. 26 del art. 9 de la LOM.

32. Atender y resolver los pedidos que formulen las organizaciones vecinales o, de ser el caso, tramitarlos ante el Concejo Municipal

La participación vecinal es individual o colectiva, la atención del alcalde no debe reducirse a las organizaciones sino a cualquier vecino, de conformidad con el art. 111 de la LOM, que detalla “Los vecinos de una circunscripción municipal intervienen en forma individual o colectiva en la gestión administrativa y de gobierno municipal a través de mecanismos de participación vecinal y del ejercicio de derechos políticos, de conformidad con la Constitución y la respectiva ley de la materia”.

33. Resolver en última instancia administrativa los asuntos de su competencia de acuerdo al Texto Único de Procedimientos Administrativos de la municipalidad

Este dispositivo es concordante con el art. 50 de la LOM, que señala que la vía administrativa se agota con la decisión que adopta el alcalde, con excepción de los asuntos tributarios que se regulan por el Código Tributario.

34. Proponer al Concejo Municipal espacios de concertación y participación vecinal

Este inciso debe ser concordado con el art. 112 de la LOM, que señala que los gobiernos locales promueven la participación vecinal en la formulación, debate y

concertación de sus planes de desarrollo, presupuesto y gestión. Para tal fin deberá garantizarse el acceso de todos los vecinos a la información.

35. Las demás que le correspondan de acuerdo a ley

Esta es una fórmula abierta para otras atribuciones del alcalde, reguladas en otras leyes.

Nos interesa, por su importancia, remarcar las obligaciones para el alcalde precisadas en la Resolución Directoral N° 003-2011-EF/68.01, que aprueba la Directiva N° 001-2011-EF/68.01 - Directiva General del Sistema Nacional de Inversión Pública, que tienen por objeto establecer las normas técnicas, métodos y procedimientos de observancia obligatoria aplicables a las Fases de Preinversión, Inversión y Postinversión y a los órganos conformantes del Sistema Nacional de Inversión Pública. En su art. 7 señala que el Órgano Resolutivo (alcalde) tiene las siguientes funciones:

- Aprueba, con acuerdo del Consejo Regional o Concejo Municipal, según corresponda, el Programa Multianual de Inversión Pública (PMIP), que forma parte de sus Planes.
- Designa al órgano encargado de realizar las funciones de OPI en su sector, gobierno regional o local, el cual debe ser uno distinto a los órganos encargados de la formulación y/o ejecución de los proyectos.
- Designa al responsable de la OPI, informando a la DGPM de dicha designación, que debe recaer en una persona que cumpla con el Perfil del Responsable de OPI aprobado con la mencionada Directiva (Anexo SNIP-14).
- Puede delegar, previa opinión favorable de su OPI, la facultad para evaluar y declarar la viabilidad de los PIP que se enmarquen en su responsabilidad funcional, a favor de la máxima autoridad de las entidades y empresas adscritas, pertenecientes o bajo el ámbito de su sector, según corresponda. En el caso de los gobiernos regionales o gobiernos locales, puede delegar, previa opinión favorable de su OPI, la facultad para evaluar y declarar la viabilidad de los PIP que se enmarquen en sus competencias, a favor de la máxima autoridad de las entidades y empresas adscritas o pertenecientes al gobierno regional o gobierno local. En cualquier caso, la delegación deberá realizarse conforme al artículo 38 de la Directiva.
- Adicionalmente, solo en el caso de proyectos enmarcados en conglomerados legalmente autorizados, puede delegar previa opinión favorable de su OPI, la facultad para evaluar y declarar la viabilidad a favor de las unidades ejecutoras de las entidades y empresas bajo su ámbito y bajo responsabilidad del titular o de la máxima autoridad de la entidad o empresa a la cual pertenece la Unidad ejecutora.
- Autoriza la elaboración de expedientes técnicos o estudios definitivos, así como la ejecución de los PIP declarados viables, pudiendo realizar ambas autorizaciones en un solo acto. Los proyectos viables aprobados en su Presupuesto Institucional de Apertura se consideran ya autorizados y por lo tanto no requieren una autorización expresa, salvo para aquellos PIP que implican modificación presupuestaria. Esta función puede ser objeto de delegación.
- Vela por la aplicación del Ciclo del Proyecto, bajo responsabilidad.

- Promueve la generación y fortalecimiento de capacidades del personal de la OPI de su sector, gobierno regional o local, así como de sus UF y UE.

36. Presidir, instalar y convocar al comité provincial o distrital de seguridad ciudadana, según sea el caso

Este inciso ha sido incorporado por la Ley N° 30055, publicada el 30 de junio de 2013, que tiene como finalidad que los alcaldes, como presidentes de los comités de Seguridad Ciudadana, cumpla con las obligaciones que les exige la Ley N° 27933 - Ley del Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana y su reglamento - D.S. N° 012-2003-IN.

Este dispositivo debe ser concordado con la tercera disposición transitoria de la Ley N° 27933 (incorporada por la Ley N° 30055, publicada el 30 de junio de 2013): “Los representantes del Ministerio Público ante los comités de seguridad ciudadana denunciarán los incumplimientos por acción u omisión por parte de los funcionarios públicos de los comités regionales, provinciales y distritales de seguridad ciudadana que incumplan lo establecido en la presente Ley y su reglamento. El Ministerio Público determina en cada caso si existen indicios de la comisión de delito de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales contemplados en el artículo 377 del Código Penal, para proceder conforme a ley”.

Sobre el tema de la seguridad ciudadana, véase nuestros comentarios al art. 85 de la LOM.

ARTÍCULO 21.- DERECHOS, OBLIGACIONES Y REMUNERACIÓN DEL ALCALDE

El alcalde provincial o distrital, según sea el caso, desempeña su cargo a tiempo completo, y es rentado mediante una remuneración mensual fijada por acuerdo del concejo municipal dentro del primer trimestre del primer año de gestión. El acuerdo que la fija será publicado obligatoriamente bajo responsabilidad.

El monto mensual de la remuneración del alcalde es fijado discrecionalmente de acuerdo a la real y tangible capacidad económica del gobierno local, previas las constataciones presupuestales del caso; la misma que anualmente podrá ser incrementada con arreglo a ley, siempre y cuando se observe estrictamente las exigencias presupuestales y económicas propias de su remuneración.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Arts. 12, 44



COMENTARIO

Esta norma es concordante con el art. 12 que regula el régimen de dietas, por lo que nos remitimos a nuestros comentarios de dicho artículo con respecto a la fijación de la remuneración del alcalde. Las atribuciones del alcalde están señaladas en el art. 20 de la LOM.

ARTÍCULO 22.- VACANCIA DEL CARGO DE ALCALDE O REGIDOR⁽³³⁾

El cargo de alcalde o regidor se declara vacante por el concejo municipal, en los siguientes casos:

1. Muerte;
2. Asunción de otro cargo proveniente de mandato popular;
3. Enfermedad o impedimento físico permanente que impida el desempeño normal de sus funciones;
4. Ausencia de la respectiva jurisdicción municipal por más de treinta (30) días consecutivos, sin autorización del concejo municipal;
5. Cambio de domicilio fuera de la respectiva jurisdicción municipal;
6. Condena consentida o ejecutoriada por delito doloso con pena privativa de la libertad;
7. Inconcurria injustificada a tres (3) sesiones ordinarias consecutivas o seis (6) no consecutivas durante tres (3) meses;
8. Nepotismo, conforme a ley de la materia;
9. Por incurrir en la causal establecida en el artículo 63 de la presente Ley;
10. Por sobrevenir algunos de los impedimentos establecidos en la Ley de Elecciones Municipales, después de la elección.

Para efecto del numeral 5 no se considera cambio de domicilio el señalamiento de más de un domicilio, siempre que uno de ellos se mantenga dentro de la circunscripción territorial.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Arts. 11, 13, 23, 63

Ley N° 26864 Art. 8

Ley N° 26771 Arts. 1, 3



COMENTARIO

El JNE, en la Resolución N° 097-2008-JNE, ha definido a la vacancia como aquella situación en virtud de la cual un cargo carece de titular o se halla sin proveer, siendo sus causales el conjunto de hechos por los que el titular queda privado de seguir ejerciéndolo, implicando todo ello un examen de verificación de la configuración de la situación prevista en la ley como causal, en atención a que el ejercicio del poder en un Estado de derecho debe efectuarse con las limitaciones establecidas por la Constitución y la ley.

La definición del JNE comprende tanto el cargo vacante propiamente dicho, como al procedimiento que se sigue para llegar a esa decisión. En la misma línea, Fernando Velezmoro, explica que “En el ordenamiento jurídico peruano, en el caso de las instancias regional y municipal de gobierno, la vacancia es, además de una situación fáctica (ausencia de titular), también un procedimiento por el cual se arriba a esa situación. Con esto se afirma que al hablar de vacancia no solo se refiere a la ausencia de titular de un cargo regional o municipal, como en el lenguaje común, sino también

(33) Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley N° 28961, publicada el 24 de enero de 2007.

al procedimiento para declarar la vacancia, a pesar de que cuenta con un titular. La vacancia así entendida se aproxima al concepto de destitución”⁽³⁴⁾.

Otra característica de la vacancia es que genera el cese definitivo del cargo edil, lo que la diferencia de la figura de la suspensión (art. 25 de la LOM), que genera un cese temporal. Asimismo, la vacancia se pronuncia por única vez, frente a la suspensión que puede ser declarada más de una vez.

Dos son los elementos que rigen la vacancia, como paso previo a la declaración: la legalidad y la tipicidad⁽³⁵⁾. Por la legalidad, solo será posible determinar la vacancia por una causa (hecho o conducta) previamente previsto como tal en la ley. Por la tipicidad, solo será sancionable con vacancia los hechos o conductas que coincidan con los presupuestos que como causal ha establecido el legislador.

En cuanto al procedimiento de declaratoria de vacancia, el JNE ha precisado que es de naturaleza especial, por cuanto atraviesa por dos etapas, una administrativa y otra jurisdiccional, cuya regulación general se encuentra establecida en las leyes correspondientes. Esto significa que para el trámite del proceso en la etapa administrativa son aplicables las disposiciones de la Ley N° 27972 - Ley Orgánica de Municipalidades, y la Ley N° 27444 - Ley de Procedimiento Administrativo General, así como el TUO del Código Procesal Civil –solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo–, mientras que en la etapa jurisdiccional resultan aplicables la LOM, así como sus normas afines, y, de manera supletoria, las disposiciones del mencionado TUO del Código Procesal Civil (Resolución N° 464-2009-JNE).

En aplicación de los principios de legalidad y tipicidad, en el Perú solo cabe declarar la vacancia del cargo de alcalde o regidor, por las causales descritas en los arts. 11 y 22 de la LOM. Además, debe seguirse el procedimiento establecido en el art. 23 de la LOM.

Es necesario tener en cuenta que la Ley N° 26997 - Sobre la Conformación de Comisiones de Transferencia de la Administración Municipal y que regula el procedimiento de transferencia de la administración municipal a las nuevas autoridades electas, que es un procedimiento administrativo de interés público, de cumplimiento obligatorio y formal, prevé en su artículo 6 que el alcalde y los regidores deben **juramentar sus respectivos cargos para poder ejercerlos**; en consecuencia, con relación a la declaratoria de vacancia de los cargos de alcalde y regidor que regula la LOM, debe entenderse que ello se produce siempre y cuando dichos cargos se encuentren siendo ejercidos.

Veamos cada una de las causales establecidas en la LOM:

(34) VELEZMORO, Fernando. “Revocatoria, Vacancia y Suspensión de Autoridades. Una aproximación a la revocatoria del mandato, la vacancia y la suspensión de autoridades regionales y municipales en el Perú”. En: *Acción Electoral*. Revista electrónica del Jurado Nacional de Elecciones, Año 1, N° 1, 2012.

(35) **Resolución N° 163-2007-JNE**: “las causales de vacancia del cargo de alcalde o regidor se encuentran establecidas en los numerales 1) a 10) del artículo 22 de la Ley Orgánica de Municipalidades N° 27972, por ende los pedidos de vacancia que se formulen deben encuadrarse dentro de la normatividad municipal vigente, caso contrario deben ser rechazadas de plano”.

1. Muerte

En cuanto a la muerte, siendo un hecho natural que pone fin a la persona, no se necesita mayores argumentaciones.

2. Asunción de otro cargo proveniente de mandato popular

En la Resolución N° 022-2012-JNE, se explica los alcances de esta causal en los términos siguientes:

“El artículo 22, numeral 2, de la LOM señala que constituye causal de vacancia la asunción de otro cargo proveniente de mandato popular. Al respecto, este órgano colegiado considera pertinente precisar que dicha causal supone necesariamente que la asunción de dicho cargo sea posterior a la de aquel –entiéndase cargo– respecto del cual se pide que se declare su vacancia. Asimismo, otro elemento que debe concurrir es que se acceda a dicho ‘nuevo’ cargo a través de un proceso electoral. Dicho en otras palabras, para que proceda un pedido de declaratoria de vacancia en virtud de lo dispuesto en el artículo 22, numeral 2, de la LOM, resulta indispensable que la autoridad sometida al proceso de declaratoria de vacancia haya participado como candidata en un proceso electoral durante el periodo del mandato representativo, y haya resultado electa y proclamada en el nuevo cargo.

En el presente caso, para que concurra la causal de vacancia invocada, el alcalde, que asumió dicho cargo para el periodo 2011-2014, debió de haber participado como candidato en las elecciones que se hayan realizado con posterioridad a su asunción en el cargo, esto es, debió postular y ser elegido como presidente de la República o congresista en las elecciones generales 2011, o como alcalde o regidor en las elecciones municipales complementarias 2011 o en las nuevas elecciones municipales 2011. Pero en vista de que ninguno de estos supuestos se ha producido, la solicitud de declaratoria de vacancia debe ser desestimada en dicho extremo”.

Sin embargo, en los hechos la causal de asunción de otro cargo proveniente de mandato popular es muy difícil que se presente, porque al exigirse la renuncia para postular a Presidente de la República, Vicepresidente, miembro del Parlamento Nacional o Presidente del Gobierno Regional, se produce en forma automática la vacancia. Solo podría presentarse una nueva elección en el caso que un alcalde postule a consejero regional o regidor provincial, lo que es imposible porque las autoridades regionales y municipales son elegidas en la misma fecha y acto.

3. Enfermedad o impedimento físico permanente que impida el desempeño normal de sus funciones

La enfermedad o impedimento físico permanente que impide el desempeño del cargo, no requiere mayores explicaciones en cuanto a su pertinencia. Sin embargo, mediante Resolución N° 0803-2011-JNE, el JNE ha establecido que en el caso de los funcionarios municipales, entre los que se encuentran los alcaldes, la incapacidad permanente, física o mental para el desempeño de la función pública se acreditará mediante pronunciamiento emitido por una junta médica, conforme a lo señalado en el Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, y sus normas reglamentarias, así como a los artículos 49 y 56 del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Fomento del Empleo.

Nótese que el JNE ha incluido el impedimento mental dentro la figura, lo que nos parece correcto porque se trata de una omisión del legislador que debe ser integrada vía jurisprudencial, siguiendo el criterio del art. 25 de la LOM que señala que procede la suspensión por incapacidad física o mental.

4. Ausencia de la jurisdicción municipal por más de treinta días consecutivos, sin autorización de Concejo Municipal

El JNE, en la Resolución N° 0555-2012-JNE, señala que esta causal "(...) no se acredita con la sola inasistencia a las sesiones de Concejo Municipal (ordinarias o extraordinarias), sino que se requiere aportar documentación que configure como indicio o acredite de manera fehaciente e indubitable la ausencia de la circunscripción municipal del alcalde o regidor contra el que se dirige una solicitud de declaratoria de vacancia. Dicho en otros términos, deberían presentarse documentos que acrediten que la autoridad se encontró en un lugar distinto a uno ubicado en la circunscripción donde ejerce su cargo y que, además, dicha permanencia no contó con la autorización previa del Concejo Municipal. En el presente caso se advierte que el solicitante asume que la sola inasistencia a las sesiones ordinarias, sin que exista una autorización previa del Concejo Provincial, constituye mérito suficiente para acreditar la ausencia de la circunscripción municipal, criterio que resulta, a todas luces, errado. (...) Así, resulta evidente que no se configura la causal en virtud de la cual se pretende que se declare la vacancia de su cargo de regidora, puesto que esta exige la ausencia, de manera continua y sin la autorización del Concejo Municipal, de la circunscripción municipal, por un periodo mayor de treinta días".

Veamos algunos casos resueltos por el JNE:

En la Resolución N° 1391-2006-JNE, se solicita la vacancia de un Regidor que viajó al extranjero del 29 de setiembre al 29 de octubre de 2004, ausentándose de la jurisdicción por más de 30 días consecutivos sin autorización del Concejo Municipal, se presenta como medio probatorio un oficio emitido por la Jefatura de Migraciones y Naturalización, que contiene el movimiento migratorio del citado regidor, por lo que habría incurrido en la causal de vacancia, prevista en el inciso 4) del artículo 22 de la Ley N° 27972. El Concejo resuelve no pronunciarse por no reunir el voto aprobatorio que exige la Ley para la vacancia; ante la reconsideración, el Concejo acuerda determinando no pronunciarse respecto a la solicitud de vacancia, por no reunir el voto aprobatorio de dos tercios del número legal de sus miembros, justificándose las inasistencia del referido Regidor a las sesiones ordinarias de Concejo de fechas 28 de setiembre y 14 de octubre de 2004; este último acuerdo fue apelado por los recurrentes. El JNE resuelve lo siguiente: "Que, si bien se encuentra acreditado en autos que el Concejo Distrital de Mejía acordó justificar las inasistencias del Regidor don Juan Enrique Martín Medina Leyva a las sesiones ordinarias del Concejo realizadas el 28 de setiembre y 14 de octubre de 2004, debe precisarse que, estando al contenido del Oficio N° 1975-2004-IN-1607, expedido por la Jefatura de Migraciones y Naturalización de Arequipa, que obra a fojas 4, se observa que el indicado regidor, salió del país el 29 de setiembre de 2004 con destino a Holanda y regresó el 29 de octubre de 2004, de lo cual se advierte que estuvo fuera del país por 31 días; ausencia de la jurisdicción del distrito de Mejía que no contaba con la respectiva autorización del Concejo Municipal, en consecuencia, se configura la causal de vacancia invocada y prevista en el inciso 4) del artículo 22 de la Ley Orgánica de Municipalidades N° 27972".

Un aspecto que merece resaltarse es que el Concejo pretendió subsanar la ausencia sin autorización del Concejo, justificando la inasistencia del regidor a dos sesiones del Concejo; para el JNE la justificación no implica que se le haya autorizado a ausentarse de la jurisdicción respectiva.

En la Resolución N° 087-2008-JNE, el Concejo Provincial declara la vacancia del cargo de regidor por ausencia de la respectiva jurisdicción municipal por más de treinta (30) días consecutivos, sin autorización municipal, determinando que tal ausencia data desde el 9 de octubre de 2007, al no haber asistido a la sesión ordinaria de dicha fecha hasta el 20 de noviembre de 2007, habiendo presentado solo certificados médicos de la ciudad de Lima, lo que demuestra que no se encuentra en la jurisdicción de Chíncha. El JNE revoca el acuerdo de Concejo por lo siguiente: “Que, es necesario advertir que el certificado médico es un documento extendido al paciente para certificar únicamente su estado de salud cuando lo considere conveniente; no siendo una prueba plena y suficiente que demuestre la ausencia del regidor por más de treinta días consecutivos en la jurisdicción municipal, solo por estar suscrito en la ciudad de Lima; asimismo, las inasistencias registradas a las sesiones de Concejo no constituyen medios probatorios eficaces para acreditar tal ausencia, toda vez que dichos documentos solo consignan la asistencia o no de las autoridades municipales a las sesiones convocadas por el Concejo; que, en ese sentido, de los argumentos y medios probatorios que obran en autos, resulta evidente que no se ha acreditado fehacientemente que el regidor se encuentre incurso en la causal de vacancia enunciada en el numeral 4) del artículo 22 de la Ley N° 27972”.

Como en los casos anteriores, es importante tener en cuenta que la ausencia de la jurisdicción no es algo que se deba presumir o deducir de pruebas indirectas, sino que se exige prueba fehaciente de tal hecho.

En la Resolución N° 268-2008-JNE, el Concejo declara la vacancia del cargo de alcalde, sustentada en la causal prevista en el inciso 4) del artículo 22 de la Ley Orgánica de Municipalidades - Ley N° 27972, referida a la ausencia de la respectiva jurisdicción municipal por más de treinta días consecutivos, sin autorización del Concejo Municipal; que, en tal acuerdo se señala que si bien en sesión extraordinaria el vacado fue suspendido del ejercicio del cargo de alcalde, tal suspensión no implica licencia para ausentarse, debiendo considerarse el precedente establecido en la Resolución número trescientos cuarenta y uno-dos mil cinco-JNE. En el recurso impugnatorio el recurrente manifiesta que el mandato de detención subsiste hasta la fecha. El JNE revoca la declaratoria de vacancia, por lo siguiente: “Que, la suspensión del ejercicio del cargo es una medida por la que a la autoridad municipal se le impide de modo transitorio, hacer uso de las atribuciones otorgadas por ley; que, en virtud de las implicancias de tal medida, considerando que desde el ocho de febrero de dos mil ocho se suspendió formalmente al recurrente del ejercicio de su cargo –medida que ha proseguido aún después del catorce de abril pasado– no se puede computar tal periodo dentro del intervalo que va del veintidós de enero al once de abril de dos mil ocho como pretende el denunciante, por tanto no se satisface el requisito de ausencia por el plazo previsto en la ley y por consiguiente la petición de vacancia se desestima”.

En la Resolución N° 1281-2006-JNE, se rechaza las constancias emitidas por las gobernaciones y las denuncias ante la policía como prueba de la ausencia de jurisdicción, en los términos siguientes: “Que, estando al criterio jurisprudencial del pleno de este organismo electoral, las constancias suscritas por las Gobernaciones, no constituyen prueba, toda vez que no son expedidas por autoridad competente para dar fe de

determinados actos, como en el caso de autos, conforme lo prevé la Ley de Notariado N° 26002, en concordancia con el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, Decreto Supremo N° 017-93-JUS que faculta para ello al Notario Público o al Juez de Paz Letrado o Juez de Paz, cuya sede se encuentre a más de diez kilómetros de distancia del lugar de residencia del Notario Público, o donde por vacancia no lo hubiere, o en ausencia de este por más de quince días continuos; que, asimismo debe precisarse que, las denuncias realizadas ante la comisaría en mención, así como los documentos expedidos por el Juzgado de Paz del distrito de Alto Tapiche que contienen manifestaciones y denuncias sobre la ausencia del Alcalde del Concejo Distrital de Alto Tapiche, don Deiwin Vela Hidalgo y de los regidores Mario Gómez Jiménez, Raúl Manuyama Gonzales, Enrique Eléspuru Coral, Elvia Jiménez Pérez y Alberto Serrubio Ruiz en la jurisdicción, no acreditan fehacientemente la permanencia de las referidas autoridades por más de treinta días en una localidad distinta del distrito de Alto Tapiche”. Y en la Resolución N° 079-2012-JNE, es más categórico al señalar “Respecto a las constancias emitidas por el Juez de Paz del distrito de Chipurana, y siguiendo el criterio establecido por este órgano colegiado en reiterada jurisprudencia, los referidos documentos no se erigen como medios probatorios suficientes que permitan acreditar de manera clara, directa y fehaciente que José Aníbal Arévalo Vásquez ha estado ausente de manera ininterrumpida y permanente por más de treinta días de la jurisdicción municipal, en la medida que dichos documentos solo podrían acreditar tal ausencia en el día en que fueron suscritos, máxime, además, si los documentos presentados por el afectado hacen presumir a este Supremo Tribunal Electoral la presencia del alcalde en la capital y anexos del distrito de Chipurana en las fechas indicadas en los documentos descritos en el fundamento 8 de la presente resolución”.

5. Cambio de domicilio fuera de la respectiva jurisdicción municipal

Los alcances de esta causal han sido analizados por el JNE en la Resolución N° 006-2012-JNE, en los términos siguientes:

“El artículo 22, numeral 5, de la LOM establece que el cargo de alcalde o regidor se declara vacante por el concejo municipal, en casos de cambio de domicilio fuera de la respectiva jurisdicción municipal.

Según el artículo 33 del Código Civil, el domicilio se constituye por la residencia habitual de la persona en un lugar. Sin embargo, dicha regla general no impide que una persona pueda tener más de un domicilio. Esto se da si vive alternativamente o tiene ocupaciones habituales en varios lugares, supuesto en el que se le considera domiciliada en cualquiera de ellos, conforme lo señala el artículo 35 del citado código. La posibilidad de tener más de un domicilio ha quedado también plasmada en el último párrafo del artículo 22 de la LOM, el cual habilita a que quienes desempeñen el cargo de alcalde o regidor puedan mantener más de un domicilio, bajo la condición ineludible que uno de ellos se mantenga dentro de la circunscripción territorial en la cual ejerce su cargo.

Conforme a lo expuesto en la Resolución N° 0718-2011-JNE, este Supremo Tribunal Electoral admite que el Documento Nacional de Identificación (en adelante, DNI) constituye un medio de prueba privilegiado para acreditar el domicilio, pues no requiere de prueba instrumental adicional para considerar verificado este requisito. Al contrario, es recién ante la inexistencia de consignación domiciliaria del DNI en la circunscripción electoral por la que se postula cuando se hace necesaria la acreditación a través de medios de prueba adicionales.

Así, también, la legislación electoral distingue entre residencia y domicilio. En efecto, el artículo 13 de la Ley N° 27683, Ley de Elecciones Regionales (en adelante, LER), exige la residencia efectiva por tres años –cuando menos– y la inscripción domiciliaria en el Reniec en la circunscripción por la que se postula al cargo de autoridad regional como requisitos concomitantes para la inscripción de una candidatura. En esa medida, es perfectamente posible tener un domicilio registrado en una circunscripción y tener una residencia en lugar distinto, lo cual, a tenor de la legislación, imposibilita la inscripción como candidato para las elecciones regionales.

La Ley N° 26864, Ley de Elecciones Municipales, es, en ese sentido, menos exigente si se le compara con la LER, por cuanto exige únicamente el domicilio en el lugar por el que se postula, para lo cual, como ya se dijo, basta la inscripción domiciliaria en el Reniec durante dos años continuos y no exige la demostración de residencia efectiva. En esa medida, para las elecciones municipales, es posible la constatación de multiplicidad de domicilios, uno constituido por aquel señalado en el DNI y otros por los lugares en donde vive alternativamente o tiene ocupaciones habituales, a tenor de artículo 35 del Código Civil. Cualquiera de ellos servirá para habilitar la inscripción de la candidatura al cargo municipal”.

En suma, el cambio de domicilio fuera de la jurisdicción produce la vacancia, no considerándose como tal el señalamiento de más de un domicilio, siempre que uno de ellos se mantenga dentro de la circunscripción territorial. El inciso merece un ajuste, con respecto a la residencia efectiva de las autoridades dentro de la jurisdicción, la que debe ser un requisito sine qua non durante el ejercicio del cargo; porque el doble domicilio muchas veces permite ejercer a quien en realidad ya no vive dentro de una jurisdicción determinada, lo que acarrea un crisis de representación y problemas de gestión. Esta situación no se condice además con lo regulado para el ámbito regional, que si exige la residencia.

Otros casos resueltos por el JNE:

En la Resolución N° 4645-2006-JNE, el recurrente manifiesta que del Certificado expedido por la Jefatura Provincial de Yungay de la Policía Nacional del Perú, de fecha 5 de marzo de 2006, se advierte que el alcalde no se encuentra en su domicilio desde el día 15 de febrero de 2004, hasta el 17 de marzo de 2004, fecha en la cual fue detenido en la ciudad de Carhuaz, provincia del mismo nombre, configurándose por tanto la causales de ausencia de la jurisdicción municipal por más de 30 días consecutivos y cambio de domicilio fuera de la jurisdicción municipal. El JNE resuelve lo siguiente: “Que, asimismo, con relación a la causal regulada en el numeral 5) del artículo 22 de la antes acotada Ley, cabe precisar que la misma establece que el cambio de domicilio debe efectuarse fuera de la jurisdicción municipal, es decir, en el presente caso fuera de la provincia de Yungay, a efectos de su configuración; sin embargo, el Certificado expedido por la Jefatura Provincial de Yungay de la Policía Nacional del Perú, no prueba por sí solo que efectivamente haya cambiado de domicilio fuera de la jurisdicción municipal, sino en todo caso, y sobre la base del mismo, solo podría afirmarse que don Amaro León León no residía desde el 15 de febrero de 2004 en su domicilio habitual”.

Un ejemplo de prueba sobre el cambio de domicilio, lo constituye lo evaluado en la Resolución N° 4926-2012-JNE: “(...) igualmente obra los originales de las constancias suscritas por el Director (e) de la Dirección Regional de Educación y por el Especialista en Educación Primaria de la Unidad de Gestión Educativa Local de Cotabambas Región Apurímac, que dan cuenta que el regidor vacado ha sido reasignado a la ciudad de

Arequipa desde el 2 de mayo del presente año; con lo que quedan probadas las causales invocadas; más aún si el propio acuerdo que declaró la vacancia ha quedado consentido conforme al original de la constancia suscrita por el Secretario General de dicho Municipio”.

6. Condena consentida o ejecutoriada por delito doloso con pena privativa de la libertad

El JNE en la Resolución N° 0177-2012-JNE ha interpretado esta causal del modo siguiente:

“Según el artículo 22, numeral 6, de la LOM, el cargo de alcalde o regidor se declara vacante por condena consentida o ejecutoriada por delito doloso con pena privativa de la libertad.

Esta causal se configura cuando se verifica la existencia de una condena firme con pena privativa de la libertad por delito doloso durante la vigencia del mandato de una autoridad municipal de elección popular. De esta forma, la vacancia solo opera si la condena tiene la calidad de cosa juzgada, es decir, que no exista recurso pendiente resolver en la instancia jurisdiccional ordinaria.

De ello se advierte que es suficiente que en algún momento hayan confluído tanto la vigencia de la condena penal como el ejercicio del cargo de alcalde o regidor.

En el caso concreto, los solicitantes de la vacancia imputan a Lucio Juárez Ochoa, alcalde del Concejo Provincial de Chincha, estar inmerso en la causal antes citada y adjuntan como medios probatorios, las denuncias penales que existen en contra de la citada autoridad edil.

Sin embargo, de la lectura tanto de la solicitud de vacancia así como del recurso de apelación, se advierte que los recurrentes únicamente señalan que la citada autoridad edil tiene en trámite diversos procesos judiciales por delitos dolosos y que en su oportunidad lógicamente concluirían en una sentencia condenatoria.

Dichos hechos no se enmarcan dentro de la causal invocada, por lo que resulta improcedente el pedido de vacancia.

Sin perjuicio de lo antes mencionado, es menester precisar que, si bien los recurrentes adjuntan copias de las denuncias penales seguidas contra Lucio Juárez Ochoa, se advierte que en ninguna de ellas se ha dictado sentencia condenatoria que se encuentra consentida o ejecutoriada tal como lo exige la causal invocada”.

En la Resolución N° 0572-2012-JNE, precisa:

“El Pleno del Jurado Nacional de Elecciones, a partir de la emisión de las Resoluciones N° 0572-2011-JNE y N° 0651-2011-JNE, vía interpretación de los alcances de la citada causal, ha establecido que esta se configura cuando se verifica la existencia de una condena con pena privativa de la libertad por delito doloso durante la vigencia del mandato de una autoridad edil, es decir, que en algún momento hayan confluído tanto la vigencia de la condena penal como el ejercicio del cargo de alcalde o regidor.

Así también, se estableció que se encontrará inmersa en causal de vacancia aquella autoridad sobre la que haya recaído sentencia condenatoria, consentida o ejecutoriada, con prescindencia de que con posterioridad haya sido declarada rehabilitada por el cumplimiento de la condena impuesta, o de ser el caso, incluso ante la emisión de un indulto presidencial o de una ley de amnistía.

La adopción de tal criterio interpretativo obedece a la necesidad de garantizar la idoneidad de los funcionarios que integran las instituciones del Estado, con mayor razón de aquellos que provienen de elección popular, de tal modo que, conforme con lo dispuesto en la LOM, no se permita la permanencia en el cargo de quienes han infringido las normas básicas de nuestro ordenamiento y han perpetrado la comisión dolosa de un ilícito penal”.

Otros casos específicos resueltos por el JNE:

1. No procede la vacancia cuando está pendiente de resolución el Recurso de Nulidad. En la Resolución N° 0566-2012-JNE, se explica: “En el presente caso, de los antecedentes se advierte que si bien la Sala Penal Liquidadora Transitoria de Cajamarca dictó sentencia en la que condenó al alcalde Jorge Sindulfo Lozano Mejía a cuatro años de pena privativa de la libertad, cuya ejecución se suspendió condicionalmente por tres años, sobre la base de ciertas reglas de conducta e inhabilitación por el periodo de tres años. No obstante, dicha sentencia aún no adquiere la calidad de consentida ni ejecutoriada, al encontrarse pendiente de resolución, por parte de la Corte Suprema, el Recurso de Nulidad interpuesto por la citada autoridad contra la sentencia de primera instancia.

En tal sentido, no se configura la causal de vacancia del cargo de alcalde que ejerce en el Concejo Distrital de Llacanora, prevista en el artículo 22, numeral 6, de la LOM, por lo que el recurso de apelación debe ser desestimado”.

2. Caso en que no procede la vacancia pero si la suspensión. En la Resolución N° 0185-2012-JNE, se resuelve lo siguiente: “Conforme queda descrito en los antecedentes, el regidor Percin Teodoro Deza Ureta cuenta con sentencia condenatoria en segunda instancia por delito doloso con pena privativa de la libertad, sin embargo, dicha sentencia no se encuentra ejecutoriada, por existir recurso de nulidad pendiente de resolver por la Primera Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima; por consiguiente, no se verifica la causal de vacancia invocada por el solicitante.

Ante la circunstancia descrita en el considerando precedente, este Supremo Tribunal Electoral, en cumplimiento de la función de administrar justicia, conforme lo dispone el artículo 5, literal a), de la Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones, considera pertinente aplicar la norma jurídica que corresponda al hecho invocado por el recurrente.

Por lo tanto, establecidos los hechos invocados por el solicitante y el apelante, este órgano colegiado procede a su valoración jurídica con el propósito de ubicarlos dentro de las hipótesis de la ley, en la labor denominada subsunción, lo que nos conduce a que los hechos expuestos se subsumen en el numeral 5 del artículo 25 de la Ley Orgánica de Municipalidades, en tanto que, el regidor Percin Teodoro Deza Ureta cuenta con sentencia condenatoria emitida en segunda instancia; configurándose el supuesto de hecho que constituye causal de suspensión del cargo de regidor que ejerce en el Concejo Distrital de Carabaylo, provincia y departamento de Lima. Por las consideraciones expuestas no es procedente declarar la vacancia en dicho cargo mientras no haya una decisión definitiva en el proceso penal seguido contra Percin Teodoro Deza Ureta.

Cabe señalar que este Supremo Tribunal Electoral ha establecido el mismo criterio de subsunción de los hechos a la norma aplicable, como es de verse de las Resoluciones N° 363-2008-JNE, N° 324-2009-JNE, N° 380-2009-JNE, N° 173-2010-JNE, N° 174-2010-JNE, N° 239-2010, N° 383-2010 y N° 395-2010”.

3. Caso en el que se cumplió la condena antes de la postulación. En la Resolución N° 0179-2012-JNE se solicita la vacancia porque al momento de su postulación al cargo de regidor del Concejo Provincial no declaró que registraba antecedentes penales, en una grave transgresión a lo dispuesto por el artículo 24 del Reglamento de Inscripción de Listas de Candidatos; que estaría incurso en las causales de vacancia previstas en el artículo 22, numerales 6 y 10, de la LOM; que bien es cierto el Juzgado Mixto de Concepción archivó el proceso penal, esto no corresponde a un pronunciamiento de fondo, sino por haberse interpuesto extemporáneamente el recurso de apelación, lo que debe ser tomado en cuenta para volver a iniciarse el proceso penal respectivo. El JNE, señala: “En el presente caso, se verifica que el regidor Néstor Reynaldo Pimentel Zegarra cumplió con la condena que se le impuso por delito doloso 17 años, 10 meses y 22 días antes de su inscripción como candidato a regidor en las Elecciones Municipales 2010.

Por tal motivo, al haber quedado demostrado que Néstor Reynaldo Pimentel Zegarra, regidor del Concejo Provincial de Concepción, ha cumplido con la pena que le fuera impuesta en el año 1992, no habiendo coincidido en el tiempo la condena impuesta con mandato público alguno, debe concluirse que no se encuentra incurso en la causal de vacancia establecida en el artículo 22, numeral 6, de la LOM, al no existir condena vigente”.

4. Caso en que se presenta demanda de revisión. En la Resolución N° 080-2012-JNE, se señala: “En autos se advierte que, con fecha 6 de julio de 2011, el Juzgado Unipersonal de Chíncha aprobó el acuerdo de conclusión anticipada y condenó a Sabina Cárdenas Canales como autora del delito contra el patrimonio –hurto agravado– en agravio del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, y se le impuso tres años de pena privativa de la libertad, cuya ejecución se suspendió condicionalmente por el plazo de un año, sobre la base de ciertas reglas de conducta.

De acuerdo con los argumentos expuestos en el recurso de apelación, la recurrente señala que la sentencia no se encontraría firme, en razón de haber interpuesto demanda de revisión ante la Corte Suprema de Justicia de la República.

Al respecto, de la información proporcionada por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, a través del Oficio N° 696-2012-S-SPPCS, recibido el 6 de febrero de 2012, se informa que efectivamente Sabina Cárdenas Canales presentó una demanda de revisión contra la sentencia emitida por el juzgado unipersonal, la cual mediante Ejecutoria Suprema, de fecha 18 de noviembre de 2011, fue declarada improcedente, ordenándose que se archive definitivamente lo actuado.

Sin embargo y pese a lo señalado por la apelante, en cuanto a que al momento de interponer el recurso de reconsideración, esto es, el 27 de diciembre de 2011, la sentencia no estaría firme, no resulta válido, toda vez que de lo establecido en el artículo 439 del Código Procesal Penal, la revisión solo procede contra

sentencias condenatorias firmes, sin limitación temporal y solo a favor del condenado. En ese sentido, la revisión constituye un procedimiento extraordinario para rescindir sentencias firmes, que en la misma medida en que ataca la cosa juzgada representa una medida excepcional admisible únicamente en aquellos supuestos establecidos legalmente.

Como se ha señalado en el considerando 11, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, ya emitió pronunciamiento respecto a la demanda de revisión, declarándola improcedente y ordenando que se archive definitivamente lo actuado, por lo que en el presente caso, a la fecha de emisión de la presente resolución la sentencia ha adquirido la calidad de cosa juzgada, siendo de aplicación lo establecido en la normativa electoral como causal de vacancia.

Es menester precisar que, tal como informó el abogado defensor de Sabina Cárdenas Canales, en la audiencia pública, ella no interpuso medio impugnatorio contra la referida sentencia, con lo que quedó firme.

En tal sentido, en vista de que se ha acreditado la causal contemplada en el artículo 22, numeral 6, de la LOM, corresponde emitir la credencial correspondiente”.

Sobre este inciso, incluida la modificatoria dispuesta por la Ley N° 28961, Castiglioni hace el siguiente comentario: **“El inciso sexto del artículo en comentario, sobre la causal por condena consentida o ejecutoriada por delito doloso con pena privativa de libertad**, en este inciso sí existe una modificación por cuanto la anterior redacción señalaba por sentencia judicial emitida en última instancia por delito doloso, al respecto debemos precisar que los delitos de trámite sumario como el abuso de autoridad, incumplimiento de actividad funcional y omisión de actos funcionales, entre otros, de acuerdo a nuestro Código Procesal Penal, el juez sentenciador es el de primera instancia, es decir el que instruyó el delito y sube en grado de apelación a la corte superior, la misma que de confirmar la sentencia la persona estaría condenada y en consecuencia prosperaría su vacancia, el recurso de nulidad que suele interponerse no prospera en los delitos sumarios interponiéndose el recurso de queja por denegatoria de recurso de nulidad con lo cual sube un incidente a la Corte Suprema. El Código Procesal Penal establece que la interposición de la queja no suspende la ejecución de la sentencia, pero lamentablemente la Corte Suprema en muchos casos ha dado trámite a las quejas por denegatoria del recurso de nulidad y ha creado un grave problema toda vez que el Jurado Nacional de Elecciones ya había procedido a declarar la vacancia, como los casos de Chiclayo, Cañete, Supe Pueblo, San Martín de Porres, entre otros, lo grave de la modificación es que se señala que al existir un incidente pendiente ante el órgano jurisdiccional procede la suspensión del cargo mas no la vacancia hasta que la Corte Suprema se pronuncie, esta redacción ha sido incorporada lamentablemente por la intromisión del Tribunal Constitucional de revisar las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones que por mandato constitucional son irrevisables. Por otro lado, si se trata de un juicio de carácter ordinario como el peculado, el cohecho y concusión entre otros, quien sentencia es la Corte Superior en primera instancia en merito a la acusación sustancial y requisitoria por parte del Ministerio Público, en dicha condena, se interpone el recurso extraordinario de nulidad y ahí si queda consentida la condena por delito doloso, se ejecuta cuando el condenado es internado en un penal o si se suspende la ejecución y cumple las reglas de conducta interpuestas por la

Sala. En este extremo, así el condenado interponga la demanda de revisión procede la vacancia como en el caso del distrito de Santa Anita, toda vez que esta demanda es un nuevo proceso y no un incidente dentro del expediente⁽³⁶⁾.

7. Inconcurriencia injustificada a tres sesiones ordinarias consecutivas o seis no consecutivas durante tres meses

Para configurar la causal, debemos analizar los alcances del término “injustificado”, que hace alusión a la ausencia de justificación o razón. En el voto singular de los doctores José Humberto Pereira Rivarola y José Luis Velarde Urdinavia (contenido en la Resolución N° 0050-2012-JNE⁽³⁷⁾), se hace una interpretación, que nosotros suscribimos, de lo que se entendería como acto injustificado:

“4. Si bien la redacción del artículo antes mencionado no define cuándo se deben considerar ‘injustificadas’ las inasistencias de los miembros del Concejo Municipal a las sesiones ordinarias, ello en modo alguno podría suponer la ausencia de contenido de dicho término, el cual debe ser razonable y orientado a otorgarle sentido a la causal de vacancia antes mencionada.

El Diccionario de la Lengua Española define el término ‘injustificado’ como un adjetivo que denota carencia o falta de justificación. De la misma fuente lingüística se obtiene el concepto de la palabra ‘justificar’, que en el presente caso nos sirve para rescatar el siguiente significado: ‘Probar algo con razones convincentes, testigos o documentos’.

De lo anterior, y sin la necesidad de realizar mayor análisis conceptual, podemos concluir que para que un hecho o acto se encuentre justificado, este debe ser acreditado y/o demostrado mediante razones, testigos o documentos lo suficientemente convincentes para confirmar la veracidad de aquellos.

En el presente caso, para que las inasistencias del alcalde a las sesiones ordinarias de Concejo Municipal se encuentren justificadas y no se configuren como causal de vacancia, la mencionada autoridad municipal debe acreditar, debidamente, la causa específica o la concurrencia de una actividad paralela que determine su imposibilidad de asistir a las sesiones de Concejo.

Adicionalmente, para que las mencionadas razones de las inasistencias a las sesiones de Concejo Municipal determinen que estas sean justificadas, debe exigirse que estén referidas a hechos exteriores a la autoridad edil, lo que no se percibe en el presente caso puesto que los motivos alegados por el alcalde Omar Alfredo Marcos Arteaga respecto a la existencia de una recargada agenda de labores como producto del cargo que ostenta no debe ser obstáculo para ejercer otras funciones, tan o más importantes como lo es asistir a las sesiones de Concejo Municipal, ya que él mismo, en su calidad de máxima autoridad

(36) CASTIGLIONI GHIGLINO, Julio César. “Modificatorias a la Ley Orgánica de Municipalidades”. En: *Revista electrónica del Centro de Estudios del Derecho Municipal*. Año II, Número 3, 2008.

(37) Posteriormente, y vía la Resolución N° 0591-2012-JNE, esta interpretación ha sido recogida como criterio del pleno del JNE: “De conformidad con lo manifestado en el voto singular que forma parte de la Resolución N° 0050-2012-JNE, emitida en el expediente N° J-2011-00801, este órgano colegiado manifiesta que para que las razones de las inasistencias a las sesiones de Concejo Municipal determinen que estas sean justificadas, **debe exigirse que estén referidas a hechos exteriores a la autoridad edil (...)**”.

administrativa municipal, tiene la posibilidad y el deber de manejar y organizar su agenda de funciones”.

Similar criterio se recoge en la Resolución N° 1271-2006-JNE donde se señala “que si bien es cierto que el inciso 7) del artículo 22 de la Ley Orgánica de Municipalidades, N° 27972, precisa que la inconcurrencia injustificada a tres sesiones ordinarias consecutivas de un regidor constituye causal de vacancia, sin embargo dicha norma debe ser analizada observando que su propósito es expulsar de la labor concejal a aquellos regidores irresponsables, que por evidente desinterés o deliberada intencionalidad no asistan a las sesiones reiterada y consecutivamente”.

Otro aspecto esencial para la configuración de la causal, es su ámbito de aplicación con respecto a las sesiones extraordinarias, las que también darían lugar a la vacancia del cargo. En la Resolución N° 010-2012-JNE, el colegiado ha señalado lo siguiente: “Por otro lado, el artículo 22, numeral 7, de la LOM regula la causal de vacancia del cargo de alcalde o regidor por inconcurrencia injustificada a tres sesiones ordinarias consecutivas o seis no consecutivas durante tres meses. Si bien la norma en referencia sanciona con la declaración de vacancia únicamente a la inasistencia a las sesiones ordinarias de Concejo, de una interpretación sistemática de los artículos 13 y 22 de la LOM, podemos concluir que también debe considerarse dentro del supuesto de hecho contenido en la citada causal, la inasistencia injustificada a sesiones extraordinarias de Concejo, en aquellos casos en que se afecte el normal funcionamiento de la municipalidad, pues lo contrario importaría convalidar conductas en las que podrían incurrir las autoridades municipales reueltas a asistir a este tipo de sesiones”.

Otro aspecto importante a efectos de la tipificación de esta causal es la necesidad de que las notificaciones estén debidamente diligenciadas de acuerdo a las formalidades establecidas en la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General; así como, si se cumplió con la disposición normativa prevista en el artículo 13 de la LOM, la cual establece que entre la convocatoria y la sesión de Concejo debe mediar, cuando menos, un lapso de cinco días hábiles (R. N° 0573-2012-JNE). Además, debe verificarse si se ha otorgado un plazo prudencial para que los regidores puedan documentarse previamente a las sesión convocada, en aplicación del artículo 14 de la LOM que precisa que desde el día de la convocatoria, los documentos, mociones y proyectos relacionados con el objeto de la sesión deben estar a disposición de los regidores en horario de oficina, quienes pueden solicitar con anterioridad a la sesión informes o aclaraciones de los asuntos comprendidos en la convocatoria (Resolución N° 1271-2006-JNE (véase también la R. N° 570-2013-JNE).

8. Nepotismo

Sobre esta causal, el JNE en la Resolución N° 058-2012-JNE, ha precisado: “(...) resulta conveniente mencionar que lo que se procura con la tipificación del nepotismo como causal de declaratoria de vacancia, es evitar o sancionar el aprovechamiento indebido del poder para beneficiar a los parientes de la autoridad, beneficio que no se circunscribe a la experiencia que provee un trabajo, sino que está fundamentalmente dirigido a evitar el menoscabo del patrimonio municipal. Dicho en otras palabras, se quiere evitar que un pariente de la autoridad sea retribuida por sus servicios con dinero que constituye patrimonio municipal o está destinado al cumplimiento de los fines y deberes del gobierno local. Así, independientemente de que se realice el pago o no, el potencial riesgo de retribución en virtud del establecimiento de una relación materialmente laboral, constituye mérito suficiente para que se declare la vacancia del cargo de la autoridad municipal”.

La Ley N° 26771 - Ley que establece la prohibición de ejercer la facultad de nombramiento y contratación de personal en el Sector Público, en casos de parentesco, señala en su art. 1 que “los funcionarios de dirección y/o personal de confianza de las entidades y reparticiones públicas conformantes del Sector Público Nacional, así como de las empresas del Estado, que gozan de la facultad de nombramiento y contratación de personal, o tengan injerencia directa o indirecta en el proceso de selección se encuentran prohibidos de ejercer dicha facultad en su entidad respecto a sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y por razón de matrimonio. Extiéndase la prohibición a los contratos de Servicios No Personales”; y en su art. 3 que “Los responsables de los actos de nepotismo previstos en el art. 1 serán sancionados con arreglo a las normas establecidas en el Reglamento correspondiente, sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar”.

El art. 2 del Reglamento de la Ley N° 26771 - D.S. N° 021-2000-PCM (modificado por el D.S. N° 017-2002-PCM) precisa que “Se configura el acto de nepotismo, descrito en el art. 1 de la Ley cuando los funcionarios de dirección y/o personal de confianza de la Entidad ejerzan su facultad de nombramiento y contratación de personal respecto de parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y por razón de matrimonio; o cuando los funcionarios descritos precedentemente ejerzan injerencia directa o indirecta en el nombramiento y contratación de personal. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que existe injerencia directa cuando el funcionario de dirección o de confianza que guarda el parentesco indicado tiene un cargo superior a aquel que tiene la facultad de nombrar o contratar al personal, al interior de su Entidad. Entiéndase por injerencia indirecta aquella que no estando comprendida en el supuesto contenido en el párrafo anterior, es ejercida por un funcionario de dirección y/o confianza que sin formar parte de la Entidad en la que se realizó la contratación o el nombramiento tiene, por razón de sus funciones, alguna injerencia en quienes toman o adoptan la decisión de contratar o nombrar en la Entidad correspondiente. No configura acto de nepotismo la renovación de contratos de servicios no personales preexistentes, realizados de acuerdo a la normativa sobre contrataciones y adquisiciones del Sector Público”.

Los criterios que tiene en cuenta el JNE para la configuración de esta causal son los siguientes: “Constituye reiterada jurisprudencia por parte de este órgano colegiado (a partir de las Resoluciones N°s 410-2009-JNE y 658-A-2009-JNE) que la determinación del acto de nepotismo comporte la realización de un examen desarrollado en tres pasos, a saber: a) la verificación del vínculo conyugal o del parentesco, hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, entre el trabajador y la autoridad cuestionada; b) que el familiar haya sido contratado, nombrado o designado para desempeñar una labor o función en el ámbito municipal, y c) que la autoridad edil haya realizado la contratación, nombramiento o designación, o ejercido injerencia con la misma finalidad” (Resolución N° 0822-2011-JNE).

El análisis de los elementos señalados es secuencial, es decir, la verificación de cada elemento es una condición para proceder con el análisis del siguiente.

Veamos algunos casos resueltos por el JNE:

1. Debe probarse la existencia del matrimonio. En la Resolución N° 150-2012-JNE, se precisa lo siguiente:

“Al respecto, el artículo 1 de la Ley N° 26771 establece que la relación de parentesco que debe existir para acreditar la existencia de nepotismo incluye

a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y por razón de matrimonio. Asimismo, es importante enfatizar que para la identificación del parentesco por afinidad, es requisito sine qua non la celebración de matrimonio legalmente reconocido.

En el presente caso no obran en el expediente medios probatorios que acrediten la existencia de una relación matrimonial entre Mili Liceth Huerta Osorio, hermana de la regidora cuestionada, y Carlos Leonel Carbajo Murga. Adicionalmente, la procreación de un hijo o hija no supone el establecimiento de vínculo de parentesco entre los progenitores; por lo que si no ha existido matrimonio la configuración de acto de nepotismo en favor de alguno de ellos no es posible.

Dicho esto, no se ha acreditado que Carlos Leonel Carbajo Murga sea cuñado de la regidora cuestionada, es decir no se ha probado que haya entre ellos parentesco en segundo grado de afinidad.

En consecuencia, al no presentarse la relación de parentesco que configura la causal de vacancia en contra de la regidora, no corresponde analizar los otros elementos constitutivos detallados en el segundo considerando de la presente resolución”.

- 2. Criterio para evaluar la injerencia del Regidor en la contratación.** En la Resolución N° 027-2008-JNE se precisa lo siguiente: “Que, de acuerdo al inciso 17) del artículo 20 de la Ley Orgánica de Municipalidades N° 27972 el alcalde designa y cesa al gerente municipal y, a propuesta de este, a los demás funcionarios de confianza, entre los que se comprende a los demás gerentes, estableciendo el artículo 27, concordado con el inciso 30) del artículo 9 de la misma ley, que el gerente municipal también puede ser cesado mediante acuerdo del Concejo Municipal, lo cual refleja la existencia de una implícita relación de jerarquía entre regidores y gerente municipal, encargado este último de proponer al alcalde la designación de los demás funcionarios del municipio, entre los que se encuentran los gerentes; de esta manera, en atención al artículo 2 del Decreto Supremo N° 017-2002-PCM, modificatorio del Reglamento de la Ley N° 26771, se presume que existe injerencia directa cuando el funcionario, entre los que se encuentran los alcaldes y regidores de conformidad con el artículo 4 de la Ley Marco del Empleo Público N° 28175, que guarda el parentesco tiene un cargo superior a aquel que tiene la facultad de nombrar o contratar al personal de la entidad respectiva, presunción que se fortalece más aún cuando se comprueba que no se han cumplido las condiciones exigidas por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, norma aplicable al presente caso y no el Decreto Legislativo N° 276, para obviar el cumplimiento de las reglas referidas a los procesos de selección respectivos y exonerarse así de los mismos, reglas que para el caso de autos se circunscribirían a los servicios personalísimos”.

En la Resolución N° 052-2012-JNE, se señala: “En atención a lo expuesto, en el presente caso se tendrá que dilucidar si el solicitante ha aportado medios probatorios que permitan acreditar de manera suficiente la existencia de injerencia en la contratación de su padre por parte del regidor Julián Jaime Domínguez Cruz, lo que pasa por determinar, entre otras cosas, si, a pesar de tener conocimiento de la existencia de una relación contractual entre Julián Domínguez Guillén y la Municipalidad Distrital de San Marcos, el regidor mencionado no se opuso ni efectuó las gestiones pertinentes para procurar la resolución o término de dicha

relación contractual. (...) Asimismo, se aprecia de fojas 36 a 42, copias autenticadas del Acta de Sesión Ordinaria N° 17-2011-MDSM, de fecha 6 de setiembre de 2011, en la que se acuerda conformar una comisión de fiscalización vinculada al mantenimiento de infraestructura, compuesta, entre otros, por el regidor Julián Jaime Domínguez Cruz. Se señala, además, en dicha acta, que este es el que se encargará de coordinar las labores de tal comisión. De esa manera, se advierte que el regidor antes mencionado se encontraba en capacidad de conocer el personal que laboraba en dichas obras de mantenimiento de infraestructura y, además, de fiscalizar cualquier irregularidad que se presentase”.

En la Resolución N° 1206-2006-JNE: “(...) no se puede negar el poder que ejercen los regidores dentro de la municipalidad, pues si recurrimos al principio fundamental de coherencia del derecho, se debe tener presente que bajo el mismo supuesto un alcalde puede ser vacado; por lo que una interpretación que excluya a los regidores del ámbito de la Ley de Nepotismo llevaría al absurdo de fomentar la impunidad y contradecir la esencia y finalidad por la cual fue emitida dicha norma, lo que a su vez generaría desigualdad en el trato a determinados funcionarios e insatisfacción en la población en sus demandas sociales y de justicia; criterio que ya ha sido adoptado por este tribunal con calidad de jurisprudencia vinculante”.

En la Resolución N° 0822-2011-JNE: “Conforme a lo señalado en la Resolución N° 137-2010-JNE, de fecha 3 de marzo de 2010, este Supremo Tribunal Electoral admite la posibilidad de que los regidores puedan cometer nepotismo por medio de la injerencia sobre el alcalde o los funcionarios con facultades de contratación, nombramiento o designación. Por tal motivo, es posible declarar la vacancia de un regidor por dicha causal, si se comprueba que han ejercido injerencia para la contratación de sus parientes. De este modo queda descartado el argumento según de que no pueden cometer nepotismo por carecer de facultades ejecutivas o administrativas, según el artículo 11 de la LOM. Es claro que la injerencia o el ejercicio de la presión que los regidores ejercen sobre los funcionarios municipales o el alcalde para la contratación, nombramiento o designación de sus parientes no siempre va a quedar plasmado, por su propio carácter ilícito, en un documento expreso. En esa medida, el Jurado Nacional de Elecciones debe recurrir, en tanto supremo intérprete de la legislación electoral, a una serie de elementos que otorguen indicios razonables sobre la realización de la injerencia. (...) Si bien, con fecha 10 de enero de 2011, el regidor Óscar Ernesto Albengrin Schaus presentó una carta de oposición contra la contratación de su familiar por parte de la Municipalidad Provincial de Oxapampa; por sí misma, esta no supone la no injerencia o desconocimiento a descartar en el presente caso. Por lo tanto, se debe proceder a apreciar los medios probatorios presentados conforme los criterios expuestos en su vasta jurisprudencia por este Supremo Tribunal Electoral, tales como: cercanía del vínculo de parentesco, domicilio de los parientes, población y superficie del gobierno local, etc. (Resolución N° 051-2010-JNE, de fecha 27 de enero de 2010)”.

En la Resolución N° 317-2012-JNE: “En consonancia a ello, es importante mencionar que la sola presencia laboral de parientes no configura por sí sola, en el presente caso, la causal de nepotismo, sino que resulta necesario que se acredite la concurrencia de dos elementos, conforme ha sido expuesto en la Resolución N° 176-2012-JNE: a) el conocimiento de la contratación o designación del

pariente de la autoridad, por parte de la municipalidad; y b) la falta de oposición oportuna, clara, reiterada, específica y eficaz a la contratación o designación del pariente de la autoridad por parte de la municipalidad. Finalmente, la acreditación del conocimiento de la contratación o designación del pariente, debe realizarse tomando en consideración los siguientes criterios: a) cercanía del vínculo de parentesco; b) domicilio de los parientes; c) población y superficie del gobierno local; d) las actividades que realiza el pariente de la autoridad al interior de la municipalidad; e) lugar de realización de las actividades del pariente de la autoridad; y f) actuación sistemática de los integrantes del gobierno municipal”.

3. Necesidad que el nombramiento se enmarque en la estructura de la Entidad.

En la Resolución N° 04302-2006-JNE, se precisa: “Que, en el presente caso se observa que si bien es cierto existe una relación familiar entre el alcalde, al señor Carlos Bringas Claeysen, y la señora Laura Tacchino del Pino de Bringas, nacida del matrimonio celebrado entre ellos, no se ha probado que esta última haya sido designada como personal del Municipio Distrital de Jesús María, en razón que el Acuerdo de Concejo N° 016-2003-MJM del 20 de febrero de 2003, por el cual se crea el Comité de Apoyo Social de la Municipalidad de Jesús María que estuvo a cargo de la esposa del alcalde y conformada por las esposas de los regidores de la comuna, no formaba parte de la estructura orgánica de la municipalidad e incluso se dispuso que no representaba gasto específico para dicha comuna; asimismo, la finalidad de dicha organización fue la de brindar asesoría y apoyo permanente a las personas y grupos organizados a través de acciones propias o interinstitucionales, mediante la atención de casos sociales, realización de actividades educativas, culturales y de desarrollo social dirigidas a niños, adolescentes, jóvenes, mujeres, adultos mayores, personas con discapacidad y familia en general, asimismo dar impulso a iniciativas de desarrollo social que surjan de la comunidad; el cual es una finalidad distinta a la establecida a las unidades orgánicas de la municipalidad; que, por el fundamento antes señalado, no se ha producido el supuesto señalado por el inciso 8 del artículo 22 de la Ley Orgánica de Municipalidades (Ley N° 27972)”.

4. Caso en el cual no es el alcalde quien firma el contrato.

En la Resolución N° 175-2012-JNE, se analiza: “Al respecto, es importante mencionar que si bien dentro de las municipalidades la responsabilidad de contratar o nombrar trabajadores municipales puede recaer en funcionario distinto del alcalde, debe tenerse en cuenta que este es la máxima autoridad administrativa, conforme a lo prescrito en el artículo 6 de la LOM. Por eso, en el presente caso no es que Vidal Pinto Paredes, quien ostenta el cargo de alcalde, haya procedido a contratar directamente a Maritza Mercedes Molina de Bellido, sino que él, por su propia ubicación en la jerarquía de la organización municipal, ha tenido injerencia sobre el funcionario encargado de la contratación.

En este caso concreto el contrato administrativo de servicios entre el Concejo Distrital de Uchumayo y Maritza Mercedes Molina de Bellido, cuñada de Vidal Pinto Paredes, autoridad cuestionada, no fue suscrito por el último de los mencionados; sin embargo dicha situación no puede servir de excusa para que la citada autoridad alegue desconocimiento de tal contratación, máxime si su cuñada laboró en el Palacio Municipal y, de acuerdo con la planilla de pagos, en el cargo de secretaria del despacho de alcaldía.

En ese sentido, resulta aún más reprochable que, a pesar de haber laborado su cuñada en el Palacio Municipal, esto es, en la misma sede donde la autoridad tenía su oficina, no haya cuestionado ni se haya opuesto a tal contratación en su debida oportunidad, pese a ser el representante legal y la máxima autoridad administrativa”.

5. Caso en el cual el contratado devuelve el dinero. En la Resolución N° 175-2012-JNE, se analiza lo siguiente: “Por último, es necesario mencionar que si bien Maritza Mercedes Molina de Bellido devolvió lo cobrado por las remuneraciones recibidas durante los meses de enero y febrero de 2011, ello no puede ser considerado un argumento a favor de la autoridad cuestionada, pues la prohibición establecida en la ley está referida a la prohibición de ejercer la facultad de nombramiento y contratación de personal, no siendo necesaria la existencia o no de un perjuicio económico a la entidad”.

6. Caso de la renovación de contratos preexistentes y extensión a los CAS. En la Resolución N° 008-2012-JNE, se analiza el caso:

“Previo al análisis de la concurrencia del tercer elemento, se debe recordar que la disposición contenida en la Ley y su Reglamento busca, privilegiando el interés público, erradicar una práctica inadecuada que propicia el conflicto entre el interés personal y el servicio público, restringe las condiciones de igualdad en el acceso a la función pública y conlleva al abuso en el ejercicio de la función, pretendiéndose con esta prohibición que en la Administración Pública se actúe observando los principios de probidad, idoneidad, equidad y transparencia en la contratación , nombramiento y/o designación de personal en las entidades públicas.

Cabe señalar, además, que el último párrafo del artículo 2 del Reglamento establece que no configura acto de nepotismo la renovación de contratos de servicios no personales preexistentes, realizados de acuerdo a la normativa sobre contrataciones y adquisiciones del Sector Público.

Sobre el particular, este órgano colegiado estima conveniente precisar que la disposición antes referida debe hacerse extensiva a los contratos administrativos de servicios regulados por el Decreto Legislativo N° 1057, teniendo en cuenta que la citada norma establece en la primera disposición complementaria final que las referencias normativas a la contratación de servicios no personales se entienden realizadas a la contratación administrativa de servicios.

Cabe señalar además, que por disposición expresa del artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1057, la duración del contrato administrativo de servicios no puede ser mayor al periodo que corresponde al año fiscal respectivo dentro del cual se efectúa la contratación; sin embargo, puede ser prorrogado o renovado cuantas veces considere la entidad contratante en función de sus necesidades”.

7. No hay nepotismo por compadrazgo. En la Resolución N° 038-2013-JNE, se resuelve lo siguiente: “2. Así, en cuanto al análisis del primer elemento, este Supremo Tribunal Electoral ha indicado que la acreditación de esta causal no implica la verificación de relaciones que por empatía puedan darse entre la autoridad cuestionada y su supuesto pariente; de ahí que, por ejemplo, haya afirmado que las relaciones de compadrazgo no constituyen relaciones de parentesco (Resolución N° 615-2012-JNE), así como tampoco la mera existencia de un hijo

entre dos personas (Resolución N° 693-2011-JNE), por lo que debe enfatizarse que el establecimiento del parentesco es de exclusivo carácter formal, debido a sus importantes efectos civiles, siendo la prueba idónea para su acreditación las partidas de nacimiento y/o matrimonio, según corresponda (Resolución N° 4900-2010-JNE)”.

9. Por incurrir en la causal establecida en el art. 63 de la presente ley

Véase nuestros comentarios al art. 63 de la LOM, donde analizamos esta figura como causal de vacancia y el tratamiento que ha tenido por parte del JNE.

10. Por sobrevenir algunos de los impedimentos establecidos en la Ley de Elecciones Municipales, después de la elección

En la Resolución N° 007-2012-JNE se explica los alcances de esta causal: “De acuerdo con el artículo 22, numeral 10, de la LOM, se declara la vacancia del cargo de regidor o alcalde cuando sobreviene algunos de los impedimentos establecidos en la Ley N° 26864, Ley de Elecciones Municipales (en adelante, LEM), después de la elección. Entonces, al tratarse de una norma de remisión que implica la aplicación de otros preceptos normativos, este Supremo Tribunal Electoral tiene la obligación de interpretar y determinar el ámbito de aplicabilidad de la causal. Esta causal solo puede ser invocada si los impedimentos previstos en el artículo 8 de la LEM⁽³⁸⁾, se configuran después de la elección de la autoridad municipal. Por ejemplo, que un alcalde o regidor sea nombrado como ministro de algún sector; en este caso la incompatibilidad no existía al momento de la elección, sino que fue posterior a ella”.

Otro tema que toca la misma resolución, es el momento en que se origina la causal: “(...) el apelante afirma que el regidor Jorge Adalberto Paredes Mansilla no cumplió con solicitar la correspondiente licencia sin goce de haber, treinta días antes de la elección, conforme lo establece el artículo 8, numeral 8.1, literal e, de la LEM. Sin embargo, de los actuados se ha podido verificar que esta sí fue concedida por la Municipalidad Distrital de Ticaco, donde este se desempeñaba como funcionario (Resolución N° 105-2009-MTD, rectificadas por la Resolución N° 176-2011-MTD). Además, está acreditado que durante la etapa de inscripción de listas de candidatos para las elecciones municipales de 2010,

(38) **Ley N° 26864 - “Ley de Elecciones Municipales.-** No pueden ser candidatos en las elecciones municipales: 8.1. Los siguientes ciudadanos: a) El Presidente, los Vicepresidentes y los Congresistas de la República. b) Los funcionarios públicos suspendidos o inhabilitados conforme con el artículo 100 de la Constitución Política del Estado, durante el plazo respectivo. c) Los comprendidos en los incisos 7), 8) y 9) del artículo 23 de la Ley Orgánica de Municipalidades. d) Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, en actividad. e) Los trabajadores y funcionarios de los Poderes Públicos, así como de los organismos y empresas del Estado y de las municipalidades, si no solicitan licencia sin goce de haber, la misma que debe serles concedida treinta (30) días naturales antes de la elección. 8.2 Salvo que renuncien sesenta días antes de la fecha de las elecciones: a) Los Ministros y Viceministros de Estado, el Contralor de la República, el Defensor del Pueblo, los Prefectos, Subprefectos, Gobernadores y Tenientes Gobernadores. b) Los miembros del Poder Judicial, Ministerio Público, Tribunal Constitucional, Consejo Nacional de la Magistratura y de los organismos electorales. c) Los Presidentes de los Consejos Transitorios de Administración Regional y los Directores Regionales sectoriales. d) Los Jefes de los Organismos Públicos Descentralizados y los Directores de las empresas del Estado. e) Los miembros de Comisiones Ad Hoc o especiales de alto nivel nombrados por el Poder Ejecutivo. Los alcaldes y regidores que postulan a la reelección no requieren solicitar licencia (artículo modificado por la Ley N° 27734)”.

ante el Jurado Electoral Especial de Tacna, el regidor cumplió con adjuntar el cargo de la solicitud de licencia (Expediente N° 066-2010-087). Desde esta perspectiva, al sustentarse el pedido de vacancia en un impedimento de carácter temporal, solo exigible durante la etapa electoral, no es posible alegar su incumplimiento en esta oportunidad ni ante esta instancia, pues la incompatibilidad de ser funcionario del Estado y a la vez candidato por una organización política solo se da en relación del mismo proceso electoral, a fin de garantizar la neutralidad estatal. En adición a ello, se debe precisar que el medio idóneo para invocar el supuesto incumplimiento del mencionado requisito de inscripción era la formulación de una tacha contra la candidatura del ahora regidor Jorge Adalberto Paredes Mansilla, conforme lo establece la LEM”.

En la Resolución N° 053-2012-JNE, este órgano precisa a que causales del art. 8 de la Ley de Elecciones Municipales se aplica la vacancia. Señala el JNE: “Respecto al artículo 22, numeral 10 de la LOM, debemos mencionar que se establece como causal de vacancia del cargo de regidor o alcalde, cuando sobreviene algunos de los impedimentos establecidos en la LEM, después de la elección; al respecto, como ya se ha establecido en resoluciones de este órgano colegiado, esta es una norma de remisión, es decir, el numeral referido remite a los impedimentos establecidos en el artículo 8, numeral 8.2 de la Ley N° 26864, Ley de Elecciones Municipales. En ese sentido, se aprecia que la incorporación falsa en la declaración jurada de vida, no está contemplada en los supuestos señalados en el artículo antes citado, por lo que no constituye causal de vacancia”.

Los elementos que configuran esta causal, han sido definidos por el JNE en la Resolución N° 055-2012-JNE: “Al respecto, debe tenerse en cuenta que la LOM establece como causal de vacancia, si la autoridad municipal (alcalde o regidor) incurre en alguno de los impedimentos previstos en la LEM, después de la elección. Es decir, en el análisis de esta causal, deben verificarse 2 supuestos concurrentes: a) si la autoridad cuestionada ha asumido alguno de los cargos que pueden dar lugar a la vacancia, previstos en el artículo 8 de la LEM y b) si esta asunción del cargo se ha efectuado después de la elección. Así, el supuesto normativo no considera si los impedimentos se concretaron o no durante la fase de postulación de candidaturas, sino en el momento de la elección, de modo que no se cuestiona la legalidad de la candidatura de la autoridad”.

Veamos algunos casos específicos resueltos por el JNE:

1. El caso de un regidor que es a su vez director de una empresa municipal.

En la Resolución N° 011-2012-JNE, se plantea vacancia de un regidor porque fue elegido presidente del directorio de la Empresa Prestadora de Servicios y Saneamiento, Empresa de Agua Potable y Alcantarillado de la provincia de Huaura: Domingo Mandamiento Sipán S. A. (Emapa Huacho S. A.), desde el 2 de setiembre de 2010 mediante junta extraordinaria de accionistas, tal como se aprecia en la escritura pública del 22 de octubre de 2010 y porque siendo ya regidor elegido y proclamado, siguió ejerciendo el cargo de director de dicha empresa municipal e incurrió en la causal de vacancia del artículo 22, numeral 10, de la LOM. El JNE resuelve:

“De la revisión del expediente de inscripción de lista de la organización política Militantes Organizados para el Desarrollo Provincial (Modep), se aprecia que el entonces candidato Paul Absalón Torres Francia presentó ante el Jurado Electoral Especial de Huaura la licencia al cargo de presidente del directorio

de Emapa Huacho S. A., indicando que ella se haría efectiva 30 (treinta días) antes de las elecciones municipales, durante septiembre de 2010. Dicha solicitud fue presentada el 2 de julio de 2010 al presidente de la junta de accionistas de dicha empresa.

Al respecto cabe indicar que el artículo 8, numeral 8.2, de la LEM, establece que no pueden postular salvo que renuncien sesenta días antes de la fecha de las elecciones:

(...) d) Los jefes de los organismos públicos descentralizados y **los directores de las empresas del Estado.**

En ese sentido el citado regidor debió formular su renuncia toda vez que si bien el numeral 8.1 de la citada norma electoral establece que los trabajadores y funcionarios de los poderes públicos, así como de los organismos y empresas del Estado y de las municipalidades, deben solicitar licencia sin goce de haber, la misma que debe serles concedida treinta (30) días naturales antes de la elección. También lo es que, en el caso de autos, el citado regidor ostentaba el cargo de director de una empresa del Estado.

Sin embargo, en vista de que no se está cuestionando en esta oportunidad la legalidad de la candidatura de Paul Absalón Torres Francia, pues el momento para cuestionarla ya precluyó. En el presente caso, se tendrá que evaluar si Paul Absalón Torres Francia, regidor del Concejo Provincial de Huaura ha incurrido en la causal contemplada en el artículo 22, numeral 10 de la LOM.

Sobre la causal invocada

El artículo 22, numeral 10, de la LOM establece lo siguiente:

Artículo 22.- Vacancia del cargo de alcalde o regidor

El cargo de alcalde o regidor se declara vacante por el concejo municipal, en los siguientes casos: (...) 10. Por sobrevenir algunos de los impedimentos establecidos en la Ley de Elecciones Municipales, **después de la elección.**

De los documentos obrantes en autos y tal como lo reconoce el propio regidor, el cargo de presidente del directorio de Emapa Huacho S.A., lo ejerció desde el 1 de marzo de 2007 hasta el 30 de diciembre de 2010, fecha en la que renunció.

Así, se advierte que después de la elección, esto es, 3 de octubre de 2010, Paul Absalón Torres Francia seguía ostentando el cargo de presidente del directorio de Emapa Huacho S.A., encontrándose por tanto dentro de la causal de vacancia establecida en la normativa electoral”.

Por otro lado, no configura la causal cuando se es trabajador de una empresa municipal. En la Resolución N° 013-2013-JNE, se resuelve lo siguiente:

“Lo que se cuestiona es que William Esteban Alfaro Charcape, pese a haber sido elegido como regidor del Concejo Distrital de El Porvenir durante las últimas elecciones del 3 de octubre de 2010, continuó laborando en la empresa Sedalib S.A., incurriendo de esta manera en la causal contemplada en el artículo 22, numeral 10, de la LOM, que establece que la vacancia se produce cuando sobrevienen algunos de los impedimentos establecidos en la Ley N° 26864, Ley de Elecciones Municipales, en el presente caso, el impedimento sobreviniente

vendría a ser que es trabajador de una empresa municipal 8. Si bien la recurrente no ha precisado de manera concreta en cuál de los impedimentos señalados en la Ley de Elecciones Municipales, sobrevinientes a la elección, habría incurrido el regidor William Esteban Alfaro Charcape, este órgano colegiado advierte que podría tratarse del impedimento previsto en el artículo 8, numeral 1, inciso e, que a la letra dice 'no pueden ser candidatos en las elecciones municipales, los trabajadores y funcionarios de los Poderes Públicos, así como de los organismos y empresas del Estado y de las Municipalidades, si no solicitan licencia sin goce de haber, la misma que debe serles concedida treinta (30) días naturales antes de la elección'. Sin embargo, en el mismo recurso de apelación la recurrente, ha reconocido que William Esteban Alfaro Charcape, para postular al cargo de regidor en las elecciones municipales, cumplió con solicitar la correspondiente licencia sin goce de remuneraciones, lo que significó una interrupción de su vínculo laboral con la empresa Sedalib S.A., cumpliendo de esta manera, con la disposición contenida en el artículo 8, numeral 1, inciso e de la Ley de Elecciones Municipales, por lo cual, no habiendo otro posible impedimento sobreviniente a la elección, ya que la condición de ser trabajador estable de una empresa, no configura de ningún modo, la causal de vacancia prevista en el artículo 22, numeral 10, de la LOM, se debe desestimar dicho recurso de apelación".

Sin embargo, sí declaró la vacancia de un regidor por ser trabajador de una empresa prestadora de servicios, pero por la causal contenida en el art. 11 de la LOM (Resolución N° 012-2012-JNE).

2. Caso de un regidor que no solicitó licencia al momento de postular. En la Resolución N° 0240-2012-JNE, se solicita la vacancia de un regidor que habría incurrido en causal de vacancia al no haber presentado, al momento de solicitar su inscripción como candidato a regidor, la licencia sin goce de haber a su cargo de técnico en enfermería ante la Dirección Regional de Salud de Junín. El JNE resuelve: "El inciso 10 del artículo 22 de la Ley N° 29792, Ley Orgánica de Elecciones, establece que se declara la vacancia del cargo de alcalde o regidor, 'por sobrevenir algunos de los impedimentos establecidos en la Ley de Elecciones Municipales, después de la elección'. Tal como se desprende expresamente de su texto, se exige que el hecho generador de la vacancia, en este caso, los impedimentos para la elección como alcalde o regidor de un concejo municipal, sobrevengan a la elección, es decir, que se produzcan después de ella. Es claro que tratándose de un cargo de elección popular, como lo es el de alcalde o regidor, la vacancia ha de ser consecuencia de la realización de un acto posterior a la incorporación como miembro del Concejo Municipal respectivo. Tal es la orientación de todas las demás causales de vacancia, pues, como es lógico, solo se puede vacar, o lo que es lo mismo, destituir del cargo, a quien haya cometido alguna conducta considerada lesiva para los intereses municipales en su condición de alcalde o regidor. (...) Como ya ha sido explicado, se trata de una conducta que no es posterior a su elección como regidor del referido Concejo Municipal, sino anterior, por lo que no se configura la causal de vacancia invocada".

La causal de vacancia contenida en el art. 11 de la LOM

El art. 11 de la LOM, precisa que los regidores no pueden ejercer funciones ni cargos ejecutivos o administrativos, sean de carrera o de confianza, ni ocupar cargos de miembros de directorio, gerente u otro, en la misma municipalidad

o en las empresas municipales o de nivel municipal de su jurisdicción. Todos los actos que contravengan esta disposición son nulos y la infracción de esta prohibición es causal de vacancia en el cargo de regidor. De esta manera, los regidores solo pueden ejercer atribuciones políticas, por delegación del alcalde, a tenor del inc. 20 del art. 20 de la LOM.

Esta causal no está contenida ni referida en el art. 22 de la LOM, que regula los casos en que procede la vacancia, por lo que debería ser incorporada.

El fundamento de la prohibición y la declaratoria de vacancia posterior, tiene su fundamento, según el JNE, en la siguiente consideración (Resolución N° 005-2012-JNE): "(...) resulta importante para este órgano electoral recordar que, mediante la Resolución N° 241-2009-JNE, se realizó una interpretación de la referida disposición, en la que se señala que esta "(...) responde a que de acuerdo al numeral 4 del artículo 10 de la citada ley, **el regidor cumple una función fiscalizadora**, siendo ello así, se encuentra impedido de asumir funciones administrativas o ejecutivas dentro de la misma municipalidad, de lo contrario entraría en un conflicto de intereses asumiendo un doble papel, la de administrar y fiscalizar". Es de indicar que se entiende por función administrativa o ejecutiva a toda actividad o toma de decisión que implica una manifestación de la voluntad estatal destinada a producir efectos jurídicos sobre el administrado. De ahí que cuando el artículo 11 de la LOM establece la prohibición de realizar función administrativa o ejecutiva respecto de los regidores, ello supone que dichas autoridades no están facultadas para la toma de decisiones con relación a la administración, dirección o gerencia de los órganos que comprenden la estructura municipal. La finalidad de la causal de declaratoria de vacancia prevista en el segundo párrafo del artículo 11 de la LOM es la de evitar la anulación o menoscabo relevante a las funciones fiscalizadoras que son inherentes al cargo de regidor. En ese sentido, **si es que los hechos imputados a algún regidor no supone, en cada caso concreto, una anulación o afectación del deber de fiscalización de la citada autoridad municipal, no debería proceder una solicitud de declaratoria de vacancia en dicho caso**" (subrayado nuestro).

En conclusión, para la configuración de esta causal se deben acreditar dos elementos concurrentes: a) que el acto realizado por la autoridad cuestionada constituya una función administrativa o ejecutiva; y b) que dicha acción suponga una anulación o afectación al deber de fiscalización que tiene como regidor (Resolución N° 500-2013-JNE).

Veamos algunos casos resueltos por el JNE:

1. **La restricción no solo está referida a ocupar efectiva o formalmente cargos ejecutivos o administrativos en la misma municipalidad sino, sobre todo, a que estos no pueden ejercer las funciones propias de dichos cargos aunque no los ocupen.** En la Resolución N° 105-2008-JNE, se plantea la vacancia de un regidor porque firmó cheques a nombre de la municipalidad, como teniente alcalde, sin que exista dicho cargo, correspondiendo hacer esto al titular de la entidad pública o, en todo caso, al gerente municipal. El Concejo rechazó el pedido de vacancia, indicando que en la sesión de Concejo del 28 de mayo de 2007, en vista de la licencia por maternidad otorgada a la tesorera, no existiendo otra persona que suscriba los cheques de las cuentas corrientes de la municipalidad en el Banco de la Nación, y atendiendo a la urgencia de

ejecutar gastos corrientes a proveedores y personal administrativo al estar muy cerca al cierre del mes, se acordó por mayoría absoluta que la firma alterna necesaria para la suscripción de estos títulos fuera la correspondiente al regidor cuestionado al ser este el primer regidor del Concejo y miembro de la Comisión de Economía, no debiéndose ello a un pedido de su parte ni siendo aquel acto parte de una función permanente al no ocupar un cargo con dicho carácter. El JNE revoca el acuerdo de Concejo y declara la vacancia sobre la base de los siguientes argumentos: “Que, la función administrativa está definida por manifestaciones concretas de voluntad estatal (por oposición a las manifestaciones abstractas, como lo son la legislación y la jurisdicción) que opera en el ámbito de las labores cotidianas de interés general en tanto la Administración Pública versa sobre intereses colectivos ajenos surgidos de las exigencias básicas de una comunidad, función administrativa que siempre ejercida atendiendo al principio de legalidad, puede materializarse a través de actos administrativos o de actos de administración interna, no teniendo competencia los regidores de un Concejo Municipal sobre alguno de ellos pues de acuerdo al segundo párrafo del artículo 11 de la Ley N° 27972, no pueden ejercer funciones ni cargos ejecutivos o administrativos, sean de carrera o de confianza, ni ocupar cargos de miembros de directorio, gerente u otro, en la misma municipalidad o en las empresas municipales o de nivel municipal de su jurisdicción, siendo la infracción de esta prohibición causal de vacancia del cargo de regidor, por lo que debe entenderse que esta restricción no solo está referida a ocupar efectiva o formalmente cargos ejecutivos o administrativos en la misma municipalidad sino, sobre todo, a que estos no pueden ejercer las funciones propias de dichos cargos aunque no los ocupen⁽³⁹⁾”.

Una precisión a esta interpretación, lo constituye la señalada en la Resolución N° 004-2012-JNE: “Aunque resulta evidente, este órgano colegiado considera pertinente resaltar se requiere necesariamente el ejercicio de la función administrativa o ejecutiva para que concurra la causal de vacancia prevista en el artículo 11 antes mencionado. Esto es, no basta con la mera designación o asunción del cargo o una decisión que, en el futuro, vaya a suponer la emisión de un acto administrativo (función administrativa) o la ejecución de un mandato (función ejecutiva). Para que se declare fundado un pedido de declaratoria de vacancia en virtud de lo dispuesto en el artículo 11 de la LOM, es imprescindible que se acredite de manera clara el ejercicio de una función o cargo administrativo o ejecutivo”.

(39) Este criterio fue ampliado en la Resolución N° 108-2008-JNE: “Que, en lo que concierne a lo dispuesto por el artículo 11 de la Ley N° 27972, estableciendo este que los regidores no pueden ejercer funciones ni cargos ejecutivos o administrativos, de forma que su incumplimiento genera una causal de vacancia, debe decirse que la función administrativa está definida por manifestaciones concretas de voluntad estatal (por oposición a las manifestaciones abstractas, como lo son la legislación y la jurisdicción) que opera en el ámbito de las labores cotidianas de interés general en tanto la Administración Pública versa sobre intereses colectivos ajenos surgidos de las exigencias básicas de una comunidad, función administrativa que siempre ejercida atendiendo al principio de legalidad, puede materializarse a través de actos administrativos o de actos de administración interna, no teniendo competencia los regidores de un Concejo Municipal sobre alguno de ellos, por lo que debe entenderse que esta restricción no solo está referida a ocupar efectiva o formalmente cargos ejecutivos o administrativos en la misma municipalidad sino, sobre todo, a que estos no pueden ejercer las funciones propias de dichos cargos aunque no los ocupen”.

Resumiendo, para la configuración de la causal no solo está referida a la asunción del cargo o el ejercicio de la función sino también a la emisión de un acto o la ejecución de un mandato, aunque no se haya ocupado formalmente el cargo. Adicionalmente, no basta el ser designado o que exista la posibilidad de ejecutar un acto en el futuro, será necesario la existencia de actos y ejecución concretos realizada por el regidor que es cuestionado.

2. Las municipalidades rurales no están eximidas de la prohibición del art.

11 de la LOM. En la resolución antes señalada se pedía al JNE que la decisión de autorizar al primer regidor firmar cheques de la Entidad debería permitirse, tomándose en cuenta que tratándose de un municipio rural, no puede exigírsele la misma estructura administrativa con la que sí deben contar las municipalidades urbanas. El JNE rechazó esta posición, en los términos siguientes: “Que, no puede sostenerse que la condición de ser la Municipalidad de Cahuacho una ubicada en el ámbito rural la exime del cumplimiento de las leyes, más aún si el artículo 28 de la Ley N° 27972 establece que si bien la estructura orgánica municipal se organiza de acuerdo a su disponibilidad económica y los límites presupuestales asignados para gasto corriente, la estructura orgánica municipal **básica** comprende **en el ámbito administrativo**, a la gerencia municipal, el órgano de auditoría interna, la procuraduría pública municipal, la oficina de asesoría jurídica y la oficina de planeamiento y presupuesto, entendiéndose que esta disposición ha sido dictada precisamente tomando en cuenta a municipios como el de Cahuacho; siendo ello así, debía tomarse en cuenta que al ser los cheques títulos valores mediante los cuales una persona, en este caso la Municipalidad de Cahuacho, ordena incondicionalmente a una institución de crédito el pago de una suma de dinero a favor de una tercera persona, obligándose así a una prestación frente al poseedor del título, debían ellos ser emitidos solamente por los funcionarios correspondientes al tratarse de un hecho de naturaleza y consecuencias tanto administrativas como ejecutivas, más aún si ello conllevaba desembolso de fondos municipales”.

Si bien estamos de acuerdo con el JNE sobre el fondo de lo resuelto, en la medida que no se puede permitir la transgresión de una prohibición expresa de la ley, existe un error cuando exige a las municipalidades rurales el cumplimiento de la estructura orgánica básica del art. 28 de la LOM porque deja de lado en su análisis la excepción que establece la propia LOM en su art. 142: “Las municipalidades ubicadas en zonas rurales no están obligadas a adoptar la estructura administrativa básica que señala la presente ley, sin que ello suponga que no se deban ejercer las funciones previstas”.

3. Si un trabajador de la Entidad es elegido regidor de la misma, debe solicitar su licencia a fin de suspender su relación laboral, de lo contrario estaría incurso en la prohibición del art. 11 de la LOM.

En la Resolución N° 169-2008-JNE, se plantea la vacancia de un regidor, que inicialmente solicita licencia sin goce de haber a su favor como servidor de carrera, cargo que también ostenta, a fin de poder ejercer la función edil para la que fue elegido; con posterioridad al darse cuenta de que no le resultaba siendo beneficiosa dicha situación, solicita se le modifique su situación laboral por un espacio de veinte horas, a fin de percibir la mitad de su remuneración, más las dietas por la función de regidor; refiere que en su condición de asistente en la Unidad de Abastecimiento le fueron asignados viáticos con el propósito de realizar cotizaciones para la adquisición

de materiales de construcción, existiendo incompatibilidad en sus acciones como regidor; finalmente, a la fecha de presentación de la apelación ante el JNE, el regidor no había aún rendido cuentas de los viáticos asignados por el municipio, yendo en contra de sus deberes como servidor aprovechándose a su vez de sus prerrogativas como regidor. El JNE resuelve la vacancia, basado en los siguientes consideraciones: “Que, es menester de este Colegiado determinar si procede o no la solicitud en los términos propuestos; para tal efecto, a partir de las pruebas presentadas por ambas partes, se aprecia que el regidor en mención acepta mantener una duplicidad de cargos y por tanto de funciones, situación prohibida según lo establecido en el artículo citado en el visto. A parecer de este Colegiado, la petición realizada por el regidor al inicio de su gestión, en el extremo de solicitar la licencia sin goce de haber, a fin de que se le suspenda su relación laboral, correspondía a fin de mantenerse excluido de la prohibición expresa de la norma; que es necesario señalar, a criterio de este Colegiado, que la causal invocada por el solicitante se configura debido a que un regidor no puede ejercer funciones ni cargos ejecutivos o administrativos, sean de carrera o de confianza; y según se puede apreciar, el regidor ha mantenido una duplicidad de funciones indebida dentro del Municipio Provincial de Loreto”.

- 4. El cobro de viático o la asistencia del regidor a algunos actos no configura la causal.** En la Resolución N° 225-2008-JNE, se plantea la vacancia de un regidor por haber ejercido funciones administrativas al cobrar viáticos sin autorización de viaje del alcalde, comprar combustible por la suma de cuatrocientos treinta y cinco nuevos soles, asistir a eventos en el Gobierno regional sin autorización de la autoridad edil. El Colegiado resuelve lo siguiente: “Que, por otro lado, el segundo párrafo del artículo 11 de la mencionada Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N° 27972, establece que los regidores no pueden ejercer funciones ni cargos ejecutivos o administrativos, sean de carrera o de confianza, ni ocupar cargos de miembros de directorio, gerente u otro, en la misma municipalidad o en las empresas municipales o de nivel municipal de su jurisdicción, en tal sentido, en aplicación del principio de legalidad, el Colegiado determina que el hecho de haber cobrado viáticos y haber asistido a eventos de los cuales no se ha precisado fehacientemente cual fue la calidad de la participación del regidor cuestionado, haya sido o no autorizado por el alcalde, no implica la realización de una función administrativa, que configure la causal invocada; que respecto a las alegaciones formuladas en cuanto a los actos de corrupción en contra del regidor, este Colegiado deja a salvo el derecho de las partes para interponer las acciones pertinentes ante la autoridad competente”.
5. En la Resolución N° 005-2012-JNE se cuestiona a los regidores la adopción de varios actos administrativos cuya resolución nos da una idea cabal de la configuración de la causal por parte del Tribunal Electoral:
- a) Se cuestiona a los regidores haber acordado que el control del personal administrativo estuviese a cargo de la secretaria del municipio.** El JNE resuelve: “Es de anotar que en la citada sesión de Concejo estuvo presente el alcalde y los cinco regidores que conforman el Concejo Municipal, y se advirtió que el acuerdo adoptado con relación a que el control del personal esté a cargo de la secretaria del municipio se obtuvo por decisión unánime de los asistentes. A criterio de este órgano colegiado, dicho acuerdo obedece a la facultad del Concejo Municipal de fiscalizar la función o el desempeño de los

funcionarios, conforme lo establece el artículo 9, inciso 33, de la LOM, por lo que no se configura la causal de vacancia por este hecho”.

- b) Se cuestiona a los regidores haber encargado la elaboración del plan estratégico en ganadería a un ingeniero en específico.** El JNE resuelve: “En el acta de sesión ordinaria de fecha 24 de enero de 2011 se señala como punto de agenda la elaboración del plan estratégico en ganadería. Ante lo cual el Pleno del concejo acordó que la elaboración del plan estratégico de ganadería esté a cargo del ingeniero Yuri, en coordinación con el ingeniero Hildebrando Pérez. Pues bien, a juicio de este órgano colegiado, dicho acuerdo no constituye función administrativa o ejecutiva atribuible a los regidores, sino una decisión del Pleno del Concejo Municipal, como órgano colegiado, por lo que no se configura la causal de vacancia por este hecho”.
- c) Se cuestiona a los regidores haber acordado que la movilidad sea contratada con la empresa Multiservicios Aries.** El JNE resuelve: “Según el acta de sesión ordinaria de fecha 24 de enero de 2011, se señala como punto de agenda la movilidad. En dicha acta consta que el servicio de movilidad se estaba alquilando de la empresa Multiservicios Aries a un costo de S/.150.00 diarios. Al respecto, tal como está redactada el acta, no se advierte que los regidores cuestionados hayan ejercido alguna función o acto administrativo o ejecutivo, en tanto que se aprecia que se puso en consideración del Pleno del Concejo la contratación del servicio de movilidad, lo cual fue aprobado con el voto unánime de los asistentes. Por ello, no se configura la causal de vacancia invocada por este hecho”.
- d) Se le cuestiona a los regidores haber aprobado la escala de viáticos para el alcalde y regidores.** El JNE resuelve: “Del acta de sesión de concejo mencionada, aparece que se aprobó la escala sobre los viáticos de alcalde y los regidores. No obstante, dicho acuerdo fue adoptado por el Pleno del Concejo Municipal en decisión unánime por lo que, a criterio de este órgano colegiado, no se evidencia que los regidores cuestionados, por sí solos hayan ejercido función o acto administrativo o ejecutivo. En tal sentido, no se configura la causal de vacancia invocada”.
- e) Se le cuestiona a los regidores haber conformado el comité de contrataciones.** El JNE resuelve: “Según el acta de sesión ordinaria de fecha 19 de febrero de 2011, como punto 2 de la agenda se señala ‘formar el Comité de Contrataciones y Adquisiciones con el Estado’. Del tenor de dicha acta, se aprecia que los miembros del Concejo Municipal acordaron conformar el Comité de Contrataciones y Adquisiciones con el Estado y designaron como sus miembros a Robinson Marx Alba Carretero (Presidente), Maribel Belinda Quiñones Rodríguez y Olga Caballero Sarmiento (miembros). Cabe precisar que en efecto, según la normativa de la materia, es el titular de la entidad quien designa a los miembros del comité especial; sin embargo, es menester relieves que, en el caso de autos, este máximo organismo electoral advierte que el alcalde, quien estuvo presente en la sesión, ha puesto en consideración del Pleno del Concejo Municipal la designación de tal comité, lo cual legitima el accionar de los regidores, y, a criterio de este órgano colegiado, no anula o menoscaba la función fiscalizadora de dichos regidores; por lo que debe desestimarse la solicitud de vacancia en este extremo”.

- f) Se le cuestiona a los regidores haber designado la fedataria del municipio.** El JNE resuelve: “Al respecto, si bien los regidores han participado en la toma de decisión para designar a la funcionaria responsable de caja chica (sic), este Pleno considera que tal decisión, al haber sido adoptada en consenso con el alcalde, quien ha presidido la sesión, evidencia que los regidores por sí solos no han ejercido función administrativa que configure la prohibición contemplada en el artículo 11 de la LOM y tampoco conlleva a un menoscabo en su labor fiscalizadora; por lo que este Pleno estima que no se configura la causal de vacancia invocada por este hecho”.
- g) Se le cuestiona a los regidores haber aprobado que determinada persona se hiciera cargo del área de almacén.** El JNE resuelve: “De la referida acta se aprecia que el concejo municipal aprobó que Olga Caballero se hiciera cargo de abastecimiento y almacén. Dicha decisión del Pleno del Concejo Municipal, no implica el ejercicio de función ejecutiva o administrativa que menoscabe la función fiscalizadora de los regidores, por lo que no se configura la causal en este extremo”.
- h) Se le cuestiona a los regidores haber acordado el cese de personal.** El JNE resuelve: “Respecto de este hecho es menester relieves que, a criterio de este Pleno, la solicitud de cese de los trabajadores por sí sola no constituye un acto administrativo, en tanto que la decisión del Concejo Municipal por mayoría, debe ser ejecutada por la respectiva autoridad administrativa del municipio. En ese sentido, en este caso en concreto, no se evidencia que los regidores cuestionados hayan incurrido en la causal de vacancia invocada”.
- i) Se le cuestiona a dos regidores haber evaluado a postulantes para una plaza docente.** El JNE resuelve: “De la valoración conjunta de los citados medios de prueba, este Supremo Tribunal Electoral arriba a la convicción de que los regidores Antonio Roger Chauca Cano y Yemila Manuela Aguirre Pérez han evaluado a las personas que postularon a una plaza de docente en el distrito de Supe, tal como se evidencia del ‘acta del proceso de evaluación para contrato de docentes’, en cuyo contenido se aprecia que ambos regidores calificaron los expedientes presentados por los postulantes y los entrevistaron. Asimismo, otorgaron el resultado final de la calificación que dio como ganadora a Lizeth Rosario Chauca Chauca, cuyo contrato fue suscrito por el alcalde. En efecto, tal conducta de los regidores, a juicio de este órgano electoral, constituye una función administrativa que está reservada al personal administrativo del municipio y por ende implica una afectación al deber de fiscalización que es propio del cargo del regidor. Además, el accionar de los regidores produjo efectos jurídicos, cual es la contratación de Lizeth Rosario Chauca Chauca en el municipio. Por ello, dicho accionar cuestionado contraviene lo establecido en el segundo párrafo del artículo 11 de la LOM, conforme lo ha establecido también este Pleno en la Resolución N° 306-2010-JNE, en un caso similar al de autos”.
- 6. Si un regidor es trabajador de una empresa prestadora de servicios públicos, será pasible de vacancia por incompatibilidad o conflicto de intereses.** Dice el JNE: “(...) resulta abierta y claramente incompatible con el ejercicio de la función fiscalizadora inherente a los regidores, el desempeño de actividades o labores que en entidades u órganos a los que, precisamente, deberían fiscalizar.

Es esta incompatibilidad o ‘conflicto de intereses’ lo que se procura evitar con lo dispuesto en el artículo 11 de la LOM. La finalidad de la norma está dirigida a impedir que exista un ‘autocontrol’ o ‘autofiscalización’, en el sentido de que no puede admitir que un mismo sujeto –es decir, el regidor– controle o fiscalice la realización de sus propios actos. Así, de presentarse el supuesto en que la realización de una actividad administrativa o ejecutiva suponga un menoscabo en el ejercicio de la función fiscalizadora del regidor, entonces procederá que se declare la vacancia en el cargo de este último” (Resolución N° 012-2012-JNE).

7. El Concejo no puede declarar la nulidad ni dejar sin efecto una Resolución de Alcaldía. En la Resolución N° 024-2012-JNE, se plantea esta cuestión y el JNE resuelve: “(...) en el caso de autos, se verifica que el concejo municipal declaró la nulidad de las Resoluciones de Alcaldía N°s 568-2010 y 1238-2010-MPP/A que otorgaban bonificaciones por productividad a determinado personal cesante del municipio. Ello, evidentemente, conlleva dejar sin efecto los actos administrativos dispuestos en las citadas Resoluciones de Alcaldía, por lo cual nos encontramos ante una manifiesta función administrativa, cuya atribución no compete a los regidores, sino a los órganos administrativos del gobierno local”. Sin embargo, no declara la vacancia por las particulares circunstancias en las que se toma el acuerdo, como explica: “De los actuados se advierte que, en el caso bajo análisis la decisión del concejo municipal de declarar la nulidad de las Resoluciones de Alcaldía N°s 568-2010 y 1238-2010-MPP/A se debió a los informes emitidos por el procurador público municipal y el asesor legal externo, quienes sustentaron, en la sesión ordinaria del 12 de mayo de 2011, dos aspectos: a) los argumentos legales por los cuales el otorgamiento de la bonificación por productividad al personal cesante del municipio era ilegal y que, por ello, se debía declarar la nulidad de las citadas resoluciones de alcaldía; y b) que la declaración de nulidad la debía de realizar el órgano superior a la alcaldía, conforme lo establece el artículo 202 de la LPAG, que regula el procedimiento de nulidad de oficio, y que, en el caso del gobierno local, correspondía al concejo municipal, según había señalado reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En este contexto, se acredita que el acuerdo que adoptó el Concejo Municipal para declarar la nulidad de las mencionadas resoluciones de alcaldía no obedeció a una decisión deliberada de los regidores, sino motivada por su función fiscalizadora ante los argumentos vertidos por el órgano de asesoría legal y de defensa judicial del municipio respecto de la ilegalidad de otorgar el bono por productividad al personal cesante. Cabe precisar que, en la sesión ordinaria, donde se adoptó el acuerdo cuestionado, estuvo presente el alcalde y no cuestionó la decisión del concejo”.

8. El manejo y disposición de dinero sí configura la causal. En la Resolución N° 258-2012-JNE, se solicita la vacancia de un regidor por considerar que ejerció funciones administrativas al haber realizado actos que corresponden al tesorero de la municipalidad, conforme lo señalado en el Informe N° 001-SCTCH-R/MDB-2011, suscrito por el citado regidor, en el cual señala que recibió la suma de S/. 3 800,00 (ingresos de los baños termales y del hotel municipal), dinero que dispuso en diferentes gastos que se detallan en el citado informe (foja 10), para la fiesta patronal del Señor de Mayo. El JNE resuelve: “En el caso de autos, el regidor Sergio Cléver Tarazona Chuquiyaury, a través del Informe N° 001-SCTCH-R/MDB-2011, que obra a foja 10, detalló los gastos que realizó por el monto de S/. 3 800,00, dinero que ‘recogió’ de los ingresos de los baños

termales y del hotel municipal, para los diferentes gastos de la fiesta patronal del Señor de Mayo. Al respecto, de la valoración de los medios probatorios aportados por la solicitante de la vacancia (el Informe N° 001-SCTCH-R/MDB-2011, los comprobantes de pago y las declaraciones juradas de los gastos detallados en el citado informe) y de los argumentos de defensa vertidos por el regidor cuestionado, este órgano colegiado concluye que los actos de disposición de bien dinerario de la municipalidad que se detalló en el Informe N° 001-SCTCH-R/MDB-2011 del regidor Sergio Cléver Tarazona Chuquiyaui importan la ejecución de actos administrativos o ejecutivos que le están prohibidos, según el segundo párrafo del artículo 11 de la LOM por lo que se configura la causal de vacancia invocada”.

9. El cobro de viáticos no configura la causal. En la Resolución N° 440-2013-JNE se resuelve:

“En autos, se advierte que las conductas imputadas no implican por parte de la regidora cuestionada la realización de función administrativa o ejecutiva, puesto que el hecho de que la autoridad cobre viáticos no supone de manera alguna la realización de tales actos. Esta posición ya fue expresada, en su oportunidad, por este órgano electoral a través de la Resolución N° 201-2010-JNE, del 30 de marzo de 2010.

Así, este Supremo Tribunal Electoral no advierte que la regidora Juana Luisa Trinidad Aguado haya ejercido función administrativa o ejecutiva propiamente dicha que corresponda a la Administración municipal. Esto por cuanto en el expediente no obra prueba documental que acredite que el actuar de la regidora haya supuesto una toma de decisiones con relación a la administración, dirección o gerencia de los órganos que comprenden la estructura municipal (por ejemplo, del área de tesorería, logística, gerencia general, planeamiento y presupuesto, etcétera), así como de la ejecución de sus subsecuentes fines, es decir, que haya celebrado contratos o convenios a nombre de la Municipalidad Distrital de Pozuzo.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que el recurrente no ha probado en autos que la regidora haya exigido a la administración municipal que se le reconozca el pago de viáticos de representación sin contar con la autorización respectiva, siendo que dicha carga de la prueba le corresponde a él como accionante y no a la imputada. De otro lado, en el detalle de las órdenes de pago de los viáticos (fojas 90 y 94), se menciona que estos se giran en razón de gastos de representación, verificándose que el procedimiento fue llevado por la propia administración municipal y que no han sido impugnados en dicho ámbito. Por estas razones, en este extremo, la apelación deber ser desestimada”.

Algunas causales derogadas a que hace referencia la Ley de Elecciones Municipales

En el art. 22 de la LOM, que señala las causales de vacancia, solo contempla en su inc. 6 lo regulado en el inc. 9 de la Ley N° 23853 (LOM derogada), en los términos siguientes “6. Condena consentida o ejecutoriada por delito doloso con pena privativa de la libertad” y no recoge el inc. 7 (“Las personas naturales y los representantes legales de las sociedades que tengan interés en las concesiones o en los contratos otorgados o en trámite de otorgamiento por la municipalidad”) y el inc. 8 (“Los deudores por obligaciones provenientes de

contratos o concesiones y los que tengan proceso judicial pendiente con las respectivas municipalidades, así como los que hubieran otorgado fianza u otra garantía para asegurar el cumplimiento de alguna obligación a favor de aquellas”) de la LOM derogada. ¿Quiere decir que los hechos regulados por estos incisos ya no constituyen causales de vacancia? Si nos atenemos a una interpretación estricta de las normas ya no son causales porque dichos incisos ya no han sido legislados en la nueva LOM, lo que acarrea su derogación tácita. Esto es un retroceso de la nueva LOM, porque las circunstancias que regulaban dichos incisos son incompatibles con una correcta administración municipal y además porque dichos hechos se presentan con frecuencia en los gobiernos locales. En consecuencia, deberían ser restablecidos, adicionándolos al art. 22 de la LOM y haciendo los ajustes pertinentes en la Ley de Elecciones Municipales.

El JNE ha tomado idéntica posición con respecto a las causales que hemos definido como tácitamente derogadas. En la Resolución N° 080-A-2012-JNE se hace el siguiente análisis:

“Sobre la causal de declaratoria de vacancia prevista en el artículo 22, numeral 10, de la LOM

16. Con relación a la referida causal de declaratoria de vacancia, el solicitante le imputa al regidor Edgard Omar Pezo Rentería, tener la condición de acreedor de la Municipalidad Provincial de Coronel Portillo al momento de su presentación como candidato en las elecciones municipales 2010, siendo que, además, después de la elección, e incluso durante el periodo que ejerce el cargo de regidor, ha sido apoderado de una empresa proveedora de bienes que tiene interés en suscribir contratos con el municipio. A entender de la parte solicitante, el artículo 22, numeral 10, de la LOM, que dispone:

Artículo 22.- Vacancia del cargo de alcalde o regidor

El cargo de alcalde o regidor se declara vacante por el concejo municipal, en los siguientes casos:

[...]

10. Por sobrevenir algunos de los impedimentos establecidos en la Ley de Elecciones Municipales, después de la elección.

Debe ser interpretado, en el caso concreto, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 8, numeral 1, inciso c) de la Ley N° 26864, Ley de Elecciones Municipales, publicada el 14 de octubre de 1997 (en adelante LEM), que establece lo siguiente:

Artículo 8.- Impedimentos para postular

No pueden ser candidatos en las elecciones municipales:

8.1 Los siguientes ciudadanos:

[...]

c) Los comprendidos en los incisos 7), 8) y 9) del artículo 23 de la Ley Orgánica de Municipalidades.

Disposición normativa que, dado que la LOM no contempla numerales en su artículo 23, debe ser interpretada de conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 23853, Ley Orgánica de Municipalidades anterior, publicada el 9 de junio

de 1984, que fuera derogada por la LOM y que en el artículo 23, numeral 7), señalaba que:

Artículo 23.- No pueden desempeñar los cargos de alcalde y regidores:

[...]

7.- Las personas naturales y los representantes legales de las sociedades que tengan interés en las concesiones o en los contratos otorgados o en trámite de otorgamiento por la municipalidad.

17. Al respecto, este órgano colegiado considera que no resulta admisible interpretar que lo dispuesto en el artículo 23, numeral 7, de la Ley Orgánica de Municipalidades anterior ha conservado vigencia y resulta de aplicación concurrente o complementaria con lo dispuesto en la LOM, ello en virtud –según el criterio de la parte solicitante– de lo previsto en la LEM. A juicio de este Supremo Tribunal Electoral, dicha interpretación no resulta admisible debido a que:

- a. Se ha producido una derogación tácita de lo dispuesto en el artículo 8, numeral 1, inciso c) de la LEM, ya que: i) la Ley Orgánica de Municipalidades anterior, que contemplaba tanto las causales de vacancia como las incompatibilidades para desempeñar el cargo de alcalde o regidor, fue publicada el 9 de junio de 1984; ii) la LEM, en cuya versión originaria contenía el impedimento antes señalado en su artículo 9, numeral 4, fue publicada el 14 de octubre de 1997; iii) La Ley N° 27734, que modificó diversos artículos de la LEM e incorporó la incompatibilidad en cuestión en su artículo 8, vigente, fue publicada el 28 de mayo de 2002; y iv) la LOM, que no contempla expresamente los impedimentos para el ejercicio o postulación a los cargos de alcalde y regidor, pero sí regula las causales y el procedimiento de declaratoria de vacancia, fue publicada el 27 de mayo de 2003. En ese sentido, en la medida que la LOM regula íntegramente las mismas materias previstas en su ley orgánica anterior, en estricto cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 103 de la Constitución Política del Perú de 1993, que dispone el principio de aplicación inmediata de las normas, y en aplicación de los principios de que la norma posterior deroga a la anterior y de especialidad –entendiendo la especialidad no respecto de las incompatibilidades para acceder o ejercer el cargo de alcalde y regidor, sino respecto de las causales de declaratoria de vacancia–, este órgano colegiado concluye que el artículo 8, numeral 1, inciso c) de la LEM ha quedado derogado tácitamente con la aprobación de la LOM.
- b. No resulta admisible ni constitucionalmente legítimo invocar la aplicación ultractiva de las normas para conservar o imponer cargas o incompatibilidades al ejercicio de los derechos fundamentales, menos aun si ello podría acarrear la imposición de una sanción ante el incumplimiento de los mismos. La ultractividad, en principio, supone que los efectos de la norma se extiendan con posterioridad a la derogatoria de la misma, pero el hecho debería de haberse producido bajo la vigencia de la misma. En este caso concreto se pretende que se aplique una norma derogada a un hecho que ha acaecido incluso cuando la norma, es decir, el artículo 8, numeral 1, inciso c) de la LEM, ya había sido derogado tácitamente por la LOM.

Un elemento o requisito fundamental, tanto en el ámbito de la restricción de los derechos fundamentales como del ejercicio del *ius imperium* del Estado a través de un procedimiento sancionador o un proceso penal, es que debe cumplirse con el principio de legalidad, el cual está compuesto por los requisitos de ley previa, ley escrita, ley estricta y ley cierta, esto es, que no exista dudas en torno al hecho de que se está sancionando y, desde luego, tampoco respecto a la vigencia de la norma que contempla la incompatibilidad, restricción o sanción.

Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 0012-2006-AI/TC, en la que señaló lo siguiente:

22. Como tal, el principio de legalidad penal garantiza: a) la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal (*lex praevia*); b) la prohibición de la analogía (*lex stricta*); c) la prohibición de cláusulas legales indeterminadas (*lex certa*); y d) la prohibición de aplicación de otro derecho que no sea el escrito (*lex scripta*).

23. Conforme a la exigencia de *lex praevia*, el principio de legalidad penal prohíbe la aplicación retroactiva de la ley penal, salvo, claro está, cuando beneficie al reo. Así lo establece el artículo 103 de la Constitución, según el cual '(...) Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo (...)'

24. Conforme a la exigencia de *lex stricta*, el principio de legalidad penal prohíbe el uso de la analogía. Así lo establece el artículo 139 inciso 3 de la Constitución, según el cual, 'El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos'.

25. En cuanto a la exigencia de *lex certa*, cabe precisar, conforme lo ha sostenido este Colegiado en la sentencia recaída en el caso de la Legislación Antiterrorista (Expediente N° 0010-2002-AI/TC), que el principio de legalidad penal exige no solo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas en la ley. Esto es lo que se conoce como el mandato de determinación, que prohíbe la promulgación de leyes penales indeterminadas, y constituye una exigencia expresa en nuestro texto constitucional al requerir el literal 'd' del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución que la tipificación previa de la ilicitud penal sea 'expresa e inequívoca',

[...]

26. En cuanto a la exigencia de *lex scripta*, el principio de legalidad consagra a la ley como única base para la incriminación de comportamientos e imposición de penas, proscribiendo, entre otros aspectos, fundamentar la punibilidad en el derecho consuetudinario.

En todo caso, ante la existencia de duda en torno a la continuidad de la vigencia de una norma que restringe derechos fundamentales o impone cargas a su ejercicio con la consecuencia jurídica de la imposición de una sanción ante su incumplimiento, en atención al principio *in dubio pro homine* y a que los derechos fundamentales deben ser interpretados como mandato de

optimización, por lo que debe favorecerse el ejercicio de los mismos sin que ello suponga un menoscabo en el ejercicio de las funciones de fiscalización y sanción del Estado, debe preferirse aquella interpretación que tienda a 'limitar los límites' a los derechos fundamentales, es decir, aquella que entienda que dicha norma, en este caso, el artículo 8, numeral 1, inciso c) de la LEM ha quedado derogada.

18. Por tal motivo, la solicitud de declaratoria de vacancia debe ser desestimada en dicho extremo, dejando sentada la interpretación que este órgano colegiado ha realizado respecto de la derogación del artículo 8, numeral 1, inciso c), de la LEM, criterio interpretativo que deberá ser tomado en consideración por la institución, así como por los gobiernos y autoridades locales y vecinos”.

La renuncia del cargo

Si bien no se ha fijado como causal de vacancia, corresponde incorporar dentro de este rubro a la renuncia que señala la última parte del art. 194 de la Constitución (modificada por la Ley N° 28607): “Para postular a Presidente de la República, Vicepresidente, miembro del Parlamento Nacional o Presidente del Gobierno Regional; los alcaldes deben renunciar al cargo seis (6) meses antes de la elección respectiva”, lo que produce la vacancia del cargo correspondiente.

Para el caso de la reelección ¿deben renunciar los alcaldes? Depende del cargo a que postulan. Además del art. 194 de la Constitución antes transcrito, debe tenerse en cuenta el art. 14 de la Ley N° 29470 - Ley que modifica diversos artículos de la Ley N° 27683 - Ley de Elecciones Regionales, que prescribe: 1) los alcaldes que deseen postular al cargo de presidente regional deben renunciar al cargo de alcalde de manera irrevocable 180 días antes de las elecciones; 2) los alcaldes que deseen postular al cargo de vicepresidente o consejero regional y los regidores que deseen postular al cargo de presidente, vicepresidente o consejero regional, deben solicitar licencia sin goce de haber 120 días antes de la fecha de las elecciones; 3) los alcaldes y regidores que postulen a la reelección en las elecciones municipales no están obligados a renunciar ni solicitar licencia. Asimismo, el art. 8 de la Ley N° 26864 - Ley de Elecciones Municipales (modificada por la Ley N° 27734), dispone. “Los alcaldes y regidores que postulen a la reelección no requieren solicitar licencia”. En consecuencia: a) un alcalde que va a la reelección no está obligado a renunciar ni pedir licencia, b) Si un alcalde postula a la presidencia de la República, a la vicepresidencia, al Parlamento o la presidencia de la región, debe renunciar 180 días antes de la elección, c) si un alcalde postula al cargo de vicepresidente o consejero regional, deberá solicitar licencia sin goce de haber 120 días antes de la elección; d) si un regidor postula al cargo de Presidente, vicepresidente o consejero regional, deberá solicitar licencia sin goce de haber 120 días antes de la elección; e) si va a la reelección, el regidor no debe renunciar ni pedir licencia.

ARTÍCULO 23.- PROCEDIMIENTO DE DECLARACIÓN DE VACANCIA DEL CARGO DE ALCALDE O REGIDOR

La vacancia del cargo de alcalde o regidor es declarada por el correspondiente concejo municipal, en sesión extraordinaria, con el voto aprobatorio de dos tercios del número legal de sus miembros, previa notificación al afectado para que ejerza su derecho de defensa.

El acuerdo de concejo que declara o rechaza la vacancia es susceptible de recurso de reconsideración, a solicitud de parte, dentro del plazo de 15 (quince) días hábiles perentorios ante el respectivo concejo municipal.

El acuerdo que resuelve el recurso de reconsideración es susceptible de apelación. El recurso de apelación se interpone, a solicitud de parte, ante el concejo municipal que resolvió el recurso de reconsideración dentro de los 15 (quince) días hábiles siguientes, el cual elevará los actuados en el término de 3 (tres) días hábiles al Jurado Nacional de Elecciones, que resolverá en un plazo máximo de 30 (treinta) días hábiles, bajo responsabilidad.

La resolución del Jurado Nacional de Elecciones es definitiva y no revisable en otra vía. Cualquier vecino puede solicitar la vacancia del cargo de un miembro del concejo ante el concejo municipal o ante el Jurado Nacional de Elecciones; su pedido debe estar fundamentado y debidamente sustentado, con la prueba que corresponda, según la causal. El concejo se pronuncia en sesión extraordinaria en un plazo no mayor de 30 (treinta) días hábiles después de presentada la solicitud y luego de notificarse al afectado para que ejerza su derecho de defensa.

En caso de que la solicitud sea presentada al Jurado Nacional de Elecciones, él correrá traslado al concejo municipal respectivo para que proceda conforme a este artículo.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Art. 22
Ley N° 26486 Art. 5:u)



COMENTARIO

Este artículo regula el procedimiento de declaración de vacancia del cargo de alcalde o regidor, que contempla a las personas legitimadas a interponer la solicitud de vacancia, la instancia que debe resolverla, el quórum de votación para adoptar la decisión, los recursos impugnatorios, los plazos para la tramitación, entre otros. En este sentido, la infracción de las reglas aquí señaladas vician el procedimiento y permiten su impugnación ante el Jurado Nacional de Elecciones.

El JNE en la Resolución N° 1161-2012.-JNE, en forma detallado ha precisado los requisitos **que debe cumplir el pronunciamiento de un concejo municipal en el proceso de vacancia:**

“1. De acuerdo con lo señalado en el artículo 23 de la LOM, los pedidos de declaratoria de vacancia son resueltos, en sede administrativa, en una sesión extraordinaria de concejo municipal. Una vez adoptada la decisión sobre el pedido presentado, el gobierno local cuenta con dos alternativas: a) notificar el acta de la sesión extraordinaria, o b) notificar el acuerdo de concejo que formalice la decisión adoptada en la sesión de concejo municipal.

Al respecto, cabe mencionar que la selección del documento que será materia de notificación al solicitante, así como a la autoridad contra la que se presentó el pedido de declaratoria de vacancia, no constituye un tema menor o intrascendente, habida cuenta que tiene una directa incidencia en el derecho al debido procedimiento y, en particular, en los derechos a la debida motivación de las decisiones administrativas y jurisdiccionales y en el derecho a la defensa de las partes.

Efectivamente, será a través de la fundamentación de la decisión del concejo municipal que el solicitante o la autoridad podrán interponer los medios impugnatorios que estimen convenientes o, en su defecto, manifestar su conformidad con la decisión adoptada.

2. En la medida en que el concejo municipal es un órgano colegiado que está compuesto por el alcalde y los regidores, cada uno de sus integrantes, en aras de cautelar y respetar el derecho al debido procedimiento de las partes, deberá analizar y pronunciarse, previa motivación expresa de su decisión, respecto de los siguientes puntos:

- a. La legitimidad para obrar del solicitante.
- b. Cada uno de los hechos imputados que sustentan la solicitud, ello en función de la causal de declaratoria de vacancia invocada. No obstante, cada integrante del concejo municipal, previa fundamentación de su decisión, podrá efectuar un análisis conjunto de los hechos imputados si considera que existe homogeneidad entre estos.
- c. Cada uno de los descargos, en función de la causal de declaratoria de vacancia invocada, formulados por la autoridad municipal. No obstante, cada integrante del concejo municipal, previa fundamentación de su decisión, podrá efectuar un análisis conjunto de los argumentos de descargo, si considera que existe homogeneidad entre estos.
- d. Cada una de las causales de declaratoria de vacancia invocadas por el solicitante, siendo que, para ello, se tendrá que efectuar, además, un análisis o valoración conjunta –pero expresa–, de los medios probatorios aportados por las partes o actuados de oficio por el concejo municipal.

Eventualmente, cada uno de los integrantes del concejo municipal deberá analizar y pronunciarse, fundamentando su decisión, sobre los desistimientos y solicitudes de adhesión que pudieran presentarse durante la tramitación del procedimiento de declaratoria de vacancia, y, de ser el caso, emitir pronunciamiento sobre si, aceptado un desistimiento, se debe disponer la continuación, de oficio, del procedimiento antes mencionado.

3. En el acta de la sesión extraordinaria deberá dejarse constancia de dicho análisis, así como de la motivación y el sentido de la decisión de cada uno de los integrantes del concejo municipal. Omitir lo antes señalado supondrá una afectación directa de los derechos al debido procedimiento administrativo, en concreto, de los derechos a la debida motivación y a la defensa de las partes intervinientes en el procedimiento de declaratoria de vacancia y, consecuentemente, podría acarrear la nulidad del pronunciamiento del concejo municipal.

4. En el supuesto de que la decisión adoptada en la sesión extraordinaria sobre un determinado procedimiento de declaratoria de vacancia, sea formalizada a través

de un acuerdo de concejo y sea este último el único documento que se utilice para notificar a las partes, en la medida que se tratará de una decisión única adoptada por un órgano colegiado, deberá cumplir con los siguientes requisitos, a efectos de que pueda respetarse el derecho al debido procedimiento administrativo de las partes:

- a. El acuerdo de concejo deberá consignar los argumentos centrales de la solicitud de declaratoria de vacancia.
- b. El acuerdo de concejo deberá consignar los argumentos fundamentales de los descargos presentados por la(s) autoridad(es) contra la que se dirige la solicitud de declaratoria de vacancia.
- c. El acuerdo de concejo deberá consignar los medios probatorios ofrecidos por las partes, así como aquellos que hayan sido actuados de oficio por el concejo municipal, debiendo quedar constancia de que estos últimos fueron puestos en conocimiento de las partes, a efectos de que no se les afecte su derecho a la defensa.
- d. El acuerdo de concejo deberá sistematizar los argumentos de los regidores que conforman la decisión mayoritaria sobre la legitimidad para obrar del solicitante y el pedido de declaratoria de vacancia, ordenándolos en función de las causales invocadas y los hechos imputados a la autoridad municipal.
- e. El acuerdo de concejo deberá encontrarse suscrito, en todas sus páginas, por los miembros del concejo municipal que conforman la decisión mayoritaria, así como por el gerente municipal o quien haga sus veces –por ejemplo, el secretario general–.
- f. El acuerdo de concejo deberá consignar de manera expresa y específica, la parte resolutive de la decisión mayoritaria o unánime sobre la legitimidad para obrar del solicitante y el pedido de declaratoria de vacancia.
- g. Al acuerdo de concejo deberán acompañarse, de ser el caso, los fundamentos de voto o los votos en discordia de los miembros del concejo que forman la decisión minoritaria, siendo que estos pueden suscribir un único voto en discordia o presentarlos y suscribirlos de manera individualizada, acompañados siempre por el gerente municipal o quien haga sus veces.
- h. En el supuesto que se produzca un empate en la deliberación sobre el pedido de declaratoria de vacancia, el acuerdo de concejo deberá consignar, de manera sistematizada y no individualizada, los argumentos que sustenten tanto la posición favorable como contraria a la solicitud, e indicando lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 23 de la LOM, relativo a la mayoría calificada para declarar la solicitud de declaratoria de vacancia, desestimar la misma. De presentarse dicho supuesto, el acuerdo de concejo deberá ser suscrito por todos los miembros del concejo municipal que intervinieron en la decisión, así como por el gerente municipal o quien haga sus veces.

En caso contrario, es decir, en el supuesto de que se notifique a las partes únicamente con el acuerdo de concejo en el que solo se consigne el sentido de la decisión mas no los argumentos que sustentan la misma, se generaría una afectación a

las partes intervinientes en su derecho al debido procedimiento, pudiendo ocasionarse un vicio de nulidad insubsanable en el acuerdo de concejo municipal antes mencionado”.

La vacancia concluye con la resolución tomada en un acuerdo de sesión extraordinaria de Concejo, en un procedimiento cuyo plazo es no mayor de treinta días hábiles, este plazo es máximo y a su término debe haberse emitido el acuerdo de concejo correspondiente.

En caso de que el alcalde no cumpla con la convocatoria dentro del plazo establecido, el primer regidor o cualquier otro regidor tienen la facultad de convocar a sesión extraordinaria, previa notificación escrita a la autoridad cuestionada y al solicitante de la vacancia, conforme lo establece el artículo 13 de la LOM. Entre la convocatoria y la sesión mediará, cuanto menos, un lapso de cinco días hábiles.

Otro requisito ineludible es la notificación al afectado para que se ejerza su derecho de defensa, que debe hacerse con las formalidades que exige los arts. 20 y 21 de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General⁽⁴⁰⁾; igualmente debe notificarse al solicitante de la vacancia, la convocatoria a la sesión extraordinaria y los acuerdos adoptados sobre el pedido de vacancia o el recurso de reconsideración, de ser el caso.

El sistema de votación en el proceso de vacancia

La votación en un proceso de vacancia es especial y se rige por el art. 23 de la LOM. El JNE, en la Resolución N° 0572-2012-JNE, analiza la forma de votación en el proceso de vacancia, que debe ser seguido por los gobiernos locales:

“5. Ante todo, debemos señalar que, conforme a lo establecido en el artículo 17 de la LOM, los acuerdos son adoptados por mayoría calificada o mayoría simple. En los casos de los procedimientos de declaración de vacancia del cargo de alcalde o regidor, esta es declarada por el correspondiente concejo municipal, con el voto aprobatorio de dos tercios del número legal de sus miembros (mayoría calificada), de acuerdo a lo estipulado en el artículo 23 de la LOM.

6. Se debe tener en cuenta que el número legal de los miembros del concejo municipal es la suma del alcalde y de todos los regidores elegidos, y que los mismos están en la obligación de emitir su voto en un procedimiento de vacancia, ya sea a favor o en contra, incluyendo el miembro contra quien vaya dirigida dicha solicitud; en consecuencia, ningún miembro puede abstenerse de votar, conforme a lo dispuesto en el artículo 101 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aplicación supletoria que establece: ‘Salvo disposición legal en contrario, los integrantes de órganos colegiados

(40) Resolución N° 394-2008-JNE: “Que, de conformidad con el artículo 23 de la Ley Orgánica de Municipalidades - Ley N° 27972, ‘La vacancia del cargo de alcalde o regidor es declarada por el correspondiente concejo municipal, en sesión extraordinaria, con el voto aprobatorio de dos tercios del número legal de sus miembros, previa notificación al afectado para que ejerza su derecho de defensa’ (el subrayado es nuestro); en ese sentido, mediante Oficios N° 545 y 835-2008-SG/JNE y Auto N° 1 se requirió al concejo distrital para que adjunte las constancias de notificación a los regidores Salazar Hualinga y Navarro García, de la convocatoria a Sesión Extraordinaria N° 13 en la que se debatió la vacancia de sus cargos; siendo que el concejo municipal no ha remitido el documento solicitado, se entiende que dicha formalidad no se ha cumplido en el presente caso con la exigencia de ley”.

asistentes a la sesión y no impedidos legalmente de intervenir, deben afirmar su posición sobre la propuesta en debate, estando prohibidos de inhibirse de votar'. En caso de que el alcalde o el regidor consideren que el procedimiento de vacancia o suspensión, o el acuerdo que se vaya a adoptar, sean contrarios a la ley, estos deben dejar a salvo su voto; es decir, votar en contra a fin de no incurrir en responsabilidad, conforme al artículo 11 de la LOM, tal como se ha establecido en la jurisprudencia por parte de este órgano colegiado (Resolución N° 724-2009-JNE y Resolución N° 0730-2011-JNE).

7. Asimismo, y tal como este Supremo Tribunal ya ha señalado en la Resolución N° 427-A-2009-JNE, en este escenario no es admisible la interpretación según la cual el alcalde únicamente tiene voto dirimente en los casos de empate en las sesiones de concejo en las que se somete a votación una solicitud de vacancia. El artículo 17 de la LOM dispone, ciertamente, que el alcalde dirime los empates en las votaciones; sin embargo, dicha disposición constituye una regla general aplicable para todos los acuerdos de concejo municipal, excepto para el caso de las solicitudes de vacancia, que tiene su propia regulación especial en el artículo 23, conforme hemos sostenido en el fundamento precedente.

8. En el caso de autos, se aprecia que el Concejo Distrital de Acos está conformado por seis miembros (un alcalde y cinco regidores); en tal sentido, para la aprobación de la vacancia, que son dos tercios del número legal de sus miembros, se requiere que cuatro miembros voten a favor de la misma.

9. De la revisión de lo actuado en la sesión extraordinaria del 13 de marzo de 2012, en la cual se trató la solicitud de vacancia presentada por Juvenal Vera Collantes, estuvieron los seis miembros del Concejo Distrital de Acos, de los cuales tres votaron a favor de la vacancia (regidores Narciso Quispe García, Irene Mayorga Charca y Georgina Delgado Cárdenas) y tres votaron en contra de la misma (regidores Ribelino Luna Quispe y Sabino Luna Palomino, así como el alcalde Édgar Alcca Ccanahuire); ante dicho empate, el alcalde emitió su voto dirimente.

10. Al respecto y tal como se ha señalado en el considerando 7 de la presente resolución, la figura del voto dirimente del alcalde no es aplicable en los casos de los procedimientos de vacancia, por lo que al hacerlo en el presente caso infringió la norma electoral, de acuerdo a lo cual correspondería declarar la nulidad del Acuerdo de Concejo N° 037-2012-CM-MDA-A”.

Por lo tanto, para que proceda la vacancia se requiere mayoría calificada (dos tercios del número legal), deben votar todos los miembros del concejo (alcalde y regidores), no estando permitido la abstención. En el caso de que el alcalde o el regidor consideren que el procedimiento de vacancia, o el acuerdo que se vaya a adoptar, sean contrarios a la ley, deben dejar a salvo su voto; es decir, votar en contra a fin de no incurrir en responsabilidad, conforme al artículo 11 de la LOM.

Contra el acuerdo de concejo que resuelve el pedido de vacancia, se puede interponer recurso de reconsideración, dentro del plazo de quince días.

El recurso de reconsideración tiene por finalidad que la propia entidad administrativa –es decir, el concejo municipal– reexamine una primera decisión. Contra la resolución que se pronuncia sobre el recurso de reconsideración procede la interposición de un recurso de apelación.

A continuación reseñamos algunos criterios sustanciales del procedimiento de vacancia, establecidos por el JNE, que deben tenerse en cuenta en la tramitación y resolución correspondiente:

1. **Aplicación del debido proceso.** Precisa el JNE: “La aplicación de los principios de interpretación unitaria y de concordancia práctica de la Constitución Política del Perú⁽⁴¹⁾ exigen que el ejercicio de las competencias de los concejos municipales en los procedimientos de vacancia y suspensión, debe atender, entre otros, al principio de verdad material. Es decir, el concejo municipal, sea a pedido de parte o de oficio, está obligado a verificar, al momento de ejercer sus competencias, los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual debe adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas” (Resolución N° 427-2013-JNE).

En suma, se establece que la declaración de vacancia está regida, mutatis mutandis, por los principios del procedimiento administrativo⁽⁴²⁾, y específicamente por los principios del procedimiento sancionador⁽⁴³⁾, ya que la vacancia es la consecuencia del ejercicio de la potestad sancionadora del Estado.

Así lo ha establecido expresamente el JNE en la Resolución N° 0050-2012-JNE: “1. El procedimiento de vacancia de alcaldes y regidores de los concejos municipales está compuesto por una serie de actos encaminados a demostrar la existencia o no de la comisión de alguna de las causales señaladas en el artículo 22 de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, y cuyo trámite se desenvuelve inicialmente en las municipalidades. Por ello mismo, debe estar revestido de las garantías propias de los procedimientos administrativos, más aún si se trata de uno de tipo sancionador, pues de constatarse que se ha incurrido en alguna de las causales establecidas se declarará la vacancia del cargo de alcalde o regidor, a quienes se les retirará la credencial otorgada en su momento como consecuencia

(41) En cuanto a los principios constitucionales antes mencionados, el TC los ha definido (STC Exp N° 5854-2005-AA):

“El principio de unidad de la Constitución: Conforme al cual la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un ‘todo’ armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto”(Vid. STC 1091-2002-HC, fundamento 4; STC 0008-2003-AI, fundamento 5; STC 0045-2004-HC, fundamento 3)”.

“El principio de concordancia práctica: En virtud del cual toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta ‘optimizando’ su interpretación, es decir, sin ‘sacrificar’ ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada ‘Constitución orgánica’ se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1 de la Constitución)” (vid. STC 1091-2002-HC, fundamento 4; STC 0008-2003-AI, fundamento 5; STC 0045-2004-HC, fundamento).

(42) **Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General: Art. IV:** debido procedimiento, impulso de oficio, razonabilidad, imparcialidad, informalismo, presunción de veracidad, conducta procedimental, celeridad, eficacia, verdad material, participación, simplicidad, uniformidad, predictibilidad, privilegio de controles posteriores.

(43) **Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General: Art. 230:** legalidad, debido procedimiento, razonabilidad, tipicidad, irretroactividad, concurso de infracciones, continuación de infracciones, causalidad, presunción de licitud, non bis in idem.

del proceso electoral en el que fueron declarados ganadores. 2. Dichas garantías a las que se ha hecho mención, no son otras que las que integran el debido proceso, el que constituye un principio de la potestad sancionadora de la Administración Pública, conforme lo estipula el artículo 230 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Precisamente, el debido proceso comporta, además de una serie de garantías de índole formal, el derecho a obtener una resolución jurídicamente fundada, lo cual exige que la decisión que se adopte en el procedimiento contemple el análisis de los hechos materia de discusión, así como de las normas jurídicas que resulten aplicables". Y en Resolución N° 085-2013-JNE "(...) los procedimientos de vacancia y suspensión se rigen bajo los principios establecidos en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en especial el principio de impulso de oficio, que implica que las autoridades deben dirigir e impulsar el procedimiento y ordenar la realización o práctica de los actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias, y el principio de verdad material, que supone que, en el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas".

2. **Las causales solo pueden ser aquellas contenidas en la Ley (número clausus).** En la Resolución N° 079-2012-JNE, se ha precisado lo siguiente: "(...) cabe precisar, que el procedimiento de vacancia tiene por finalidad determinar la responsabilidad de las autoridades municipales, razón por la cual posee un carácter sancionador. En tal sentido, resulta de aplicación el principio de tipicidad, que prescribe que solo constituyen conductas sancionables aquellas previstas expresamente en la norma legal, mediante su tipificación como tales, sin admitir la interpretación extensiva o analogía, como así lo establece el artículo 230, numeral 4, de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Es necesario precisar que las causales de vacancia son número clausus: solo el número de las causas de vacancia que tipifica la ley pueden ser invocadas para obtener la declaración de vacancia. Nacen por la voluntad de ley y no emergen de la voluntad de cualquier ciudadano o colectivo de ciudadanos. Por lo que los hechos imputados deben guardar estricta correspondencia con las causales establecidas".

Análisis similar también realiza el JNE, en la Resolución N° 785-2011-JNE: "Al respecto, es necesario precisar que las causales de vacancia son número clausus, solo las causales que tipifica la ley pueden ser invocadas para obtener la declaración de vacancia. Es así que, nacen por la voluntad de ley y no emergen de la voluntad de cualquier ciudadano o colectivo de ciudadanos. Por ello, al solicitar la vacancia de autoridades es necesario que los hechos imputados guarden estricta correspondencia con las causales establecidas en la LOM. De lo expuesto, se advierte que el ejercicio del cargo sin haber juramentado no se enmarca dentro de ninguna de las causales de vacancia establecidas en la LOM, por lo que corresponde desestimar el recurso de apelación en este extremo".

En la Resolución N° 0616-2012-JNE, amplía el análisis:

"Nuestra Constitución Política, en su artículo 2, inciso 24, literal d, establece el principio de legalidad con el siguiente tenor: [...] d. 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 [...].

Así, con tal tenor se consagra el principio de legalidad no solo como principio propiamente dicho, sino también como derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos. Como principio constitucional informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone los órganos jurisdiccionales y administrativos al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones. En tanto que, en su dimensión de derecho subjetivo constitucional, garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica.

Ahora bien, tratándose de pedidos de vacancia, tal como el caso de autos, y al ser este un procedimiento sancionador, resulta indispensable el respeto del principio de legalidad consagrado en la Constitución Política del Perú, y a través del cual solo serán conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva, por tanto la solicitud de vacancia presentada debe enmarcarse, de manera exclusiva, dentro de las causales legalmente establecidas en la LOM.

De esta manera, el solicitante de la vacancia debe de señalar de manera clara y precisa cuál de las causales que se encuentran de manera taxativa en los artículos 11, 22 y 63 de la LOM, le imputa a la autoridad cuestionada, sea este alcalde o regidor municipal, teniendo en cuenta y tal como lo ha señalado este órgano colegiado en distintas resoluciones, que las causales de vacancia son *númerus clausus*, es decir, solo el número de causales que tipifica la LOM pueden ser invocadas para obtener la declaración de vacancia”.

Por tanto, en el Perú, solo cabe declarar la vacancia del cargo de alcalde o regidor por las causales descritas en los arts. 11, 22 y 63 de la LOM, (y por remisión el art. 8 de la Ley N° 26864 - Ley de Elecciones Municipales), y siguiendo el procedimiento establecido en el art. 23 de la LOM.

- 3. Motivación de los acuerdos del Concejo.** En la Resolución N° 498-2013-JNE, se considera “(...) este Supremo Tribunal Electoral considera que en los acuerdos de concejo municipal en los que se plasme la decisión sobre si es procedente o fundada una vacancia, debe existir un mínimo de fundamentación, la que consistirá en detallar los argumentos que servirán de sustento a dicha decisión, los cuales que se derivaran de la valoración conjunta de los medios probatorios aportados por el solicitante, la autoridad administrada o aquellos recabados de oficio por el concejo municipal. Los medios probatorios deben cumplir con su finalidad, que es la de brindar certeza al concejo municipal sobre los puntos controvertidos. Ello no debe entenderse como que el concejo municipal esté en la obligación de considerar en sus decisiones la totalidad de los argumentos de los administrados, sino solo de aquellos que se encuentren relacionados con el asunto o controversia materia de análisis. Cabe resaltar que en el artículo 6, numeral 6.2, de la LPAG, se permite la posibilidad de motivar, mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes existentes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que, por esta situación, constituyan parte integrante del respectivo acto. La decisión a emitirse debe ser la conclusión lógica de los argumentos esgrimidos en el acta de sesión”.

4. **La cosa juzgada en el tema de vacancia.** El JNE precisa lo siguiente: “Al respecto, este Supremo Tribunal Electoral debe mencionar, como en anteriores pronunciamientos (Resolución N° 776-2011-JNE, emitida en el Expediente N° 2011-730), que si bien la cosa juzgada tiene entre sus efectos la inmutabilidad de la decisión, esto únicamente puede producirse cuando la sentencia que adquiere dicha calidad resuelve el fondo de la controversia, o respecto de una materia procesal que incida en la pretensión, lo que no se presenta en el caso en cuestión, dado que la Resolución N° 0050-2012-JNE declara la nulidad del acuerdo de concejo municipal y ordena retrotraer el procedimiento para que se emita un nuevo pronunciamiento. Es decir, dispone que el procedimiento debe regresar a su etapa administrativa y es esta instancia la que asume, nuevamente, competencia respecto al procedimiento de vacancia en la etapa exactamente previa a la sesión extraordinaria”.
5. **Solicitud de adhesión al procedimiento por parte de los vecinos.** En la Resolución N° 0591-2012-JNE, el Colegiado ha señalado:

“Como ya lo ha establecido este Supremo Tribunal Electoral en la Resolución N° 560-2009-JNE, emitida en el Expediente N° J-2009-400, los procesos de vacancia y suspensión de autoridades municipales versan sobre materias en donde se aprecia la existencia de un interés público de los ciudadanos electores residentes en la jurisdicción del gobierno local cuya autoridad se pretenda vacar o suspender. Dicho criterio ha sido reafirmado en el Auto N° 1, emitido en el Expediente N° J-2011-0756, en el que se establece que el interés público en juego en los procesos de vacancia y suspensión de autoridades municipales legitima a los vecinos de la jurisdicción del correspondiente gobierno local a intervenir en el proceso, sin que sea necesario que estos sean los solicitantes de la declaratoria de vacancia ni que hayan solicitado previamente su incorporación en el procedimiento principal.

En el caso concreto, Raúl Alfredo Gonzales Trauco solicitó su incorporación al procedimiento cuando este se encontraba pendiente de pronunciamiento por el Concejo Distrital de Ventanilla, es decir, cuando la solicitud de vacancia estaba atravesando la etapa administrativa, ante lo cual no existe impedimento alguno para que fuese integrado al procedimiento por la autoridad municipal, contando con plena legitimidad para intervenir en él”.

Por otro lado no procederá la incorporación o adhesión al proceso en el caso siguiente:

“Si bien se ha establecido que, en razón al interés público comprendido en los procesos de vacancia de autoridades municipales, los vecinos de la jurisdicción del correspondiente gobierno local de la autoridad que se pretende vacar gozan de legitimidad para intervenir en el procedimiento de vacancia ya iniciado, ello en modo alguno puede suponer que encontrándose en curso el proceso no exista límite alguno para que los vecinos se incorporen al mismo en cualquier etapa.

La diferencia radica en el momento y la instancia en la cual se solicita la incorporación. Así, si dicho pedido se presenta ante la primera instancia que viene conociendo el hecho (concejo municipal), este está en la obligación de pronunciarse ante tal pedido –sea rechazando o admitiendo su legitimidad–, y en el supuesto en que la autoridad administrativa rechaza el pedido, se podrá interponer el correspondiente recurso impugnativo, ante lo cual, de ser una apelación, se pronunciará la segunda instancia.

Por otro lado, de efectuarse el pedido de incorporación directamente ante el órgano que resuelve en segunda instancia y encontrándose el proceso en dicha etapa, no existirá posibilidad de que el órgano que resuelva en primera instancia pueda pronunciarse, generando, de este modo, indefensión a la parte que se sienta vulnerada en su derecho (autoridades de quienes se solicita su vacancia o suspensión en el supuesto de que se admita la incorporación de un vecino), al no tener la posibilidad de recurrir dicho pronunciamiento.

En el presente caso, Mario Abraham Crespo León ha solicitado se le reconozca la calidad de apelante en el proceso de vacancia, lo cual significa que está solicitando su incorporación; no obstante, lo ha hecho ante este Supremo Tribunal Electoral y no ante el mismo concejo municipal como en el caso de Raúl Alfredo Gonzales Trauco. En consecuencia, se podría ver vulnerado el principio de la doble instancia, lo cual no ha sucedido respecto a la solicitud de Raúl Alfredo Gonzales Trauco, que fue rechazada por el concejo municipal; y este Pleno, en vía de apelación, está pronunciándose conforme a los considerandos 1 y 2”.

6. La vacancia como procedimiento especial y la procedencia del desistimiento.

El JNE, en la Resolución N° 0591-2012-JNE, señala sobre ambos temas lo siguiente:

“Tal como se ha señalado en diversos pronunciamientos previos, como la Resolución N° 464-2009-JNE, emitida en el Expediente N° J-2008-861, los procesos en materia electoral a cargo del Jurado Nacional de Elecciones, y que son iniciados ante las municipalidades y/o gobiernos regionales, tienen una naturaleza especial, en la medida que atraviesan dos etapas, una administrativa y otra jurisdiccional, cuya regulación general se encuentra establecida en las leyes correspondientes.

Esto significa que para el trámite del proceso en la etapa administrativa son aplicables las disposiciones de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades (en adelante LOM), y la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General (en adelante LPAG), así como el Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil (en adelante CPC) –solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo–, mientras que en la etapa jurisdiccional resultan aplicables la LOM, así como sus normas afines, y, de manera supletoria, las disposiciones del mencionado Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil. Dicho esto, es que los alcances del desistimiento deben analizarse a partir de las normas antes citadas.

En efecto, el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones en la Resolución N° 560-2009-JNE, emitida en el Expediente N° J-2009-400, realizó un análisis minucioso respecto a los diversos tipos de desistimiento, especificando que los de interés y relevancia son el desistimiento del procedimiento o proceso, el desistimiento de la pretensión y el desistimiento de recursos impugnatorios. En cada uno de ellos estableció los criterios que deben seguirse en la tramitación de los procedimientos de vacancia y suspensión, teniendo en cuenta la naturaleza particular de estos.

Así, se estableció, en primer lugar, que el escrito de desistimiento presentado por el interesado debe señalar con claridad los alcances del mismo, a fin de establecer su procedencia y el trámite que debe otorgarse al mismo. Solamente en sede administrativa se puede presumir que se trata de un desistimiento del procedimiento cuando tal hecho no se precise en el escrito correspondiente.

El artículo 190.2 de la LPAG, establece que el desistimiento de un recurso administrativo se puede presentar antes de la notificación de la resolución final en la instancia, lo que significa que, tratándose de un recurso de apelación, la instancia competente para resolver esta impugnación es el Jurado Nacional de Elecciones, y por tanto es este órgano colegiado el que asume competencia para pronunciarse también sobre el desistimiento del recurso impugnatorio.

Dicho esto, es el Jurado Nacional de Elecciones quien asume plena jurisdicción respecto de las solicitudes que conoce en vía de apelación, razón por la que está en aptitud de pronunciarse tanto respecto a las solicitudes de desistimiento presentadas ante este Supremo Tribunal Electoral, como también respecto de la calificación otorgada a aquellas solicitudes de similar naturaleza que se hayan presentado ante los concejos municipales.

En el presente caso, el desistimiento presentado ante la Municipalidad Distrital de Ventanilla, cumple con los requisitos legales para que proceda su aceptación, es decir, mediante escrito, con firma certificada por notario público, y en momento anterior a la vista de la causa que fue programada para el 26 de marzo de 2012, por lo que este Supremo Tribunal Electoral considera procedente aceptar el desistimiento efectuado por Augusto Nemecio Espinoza Ulloa respecto del recurso de apelación interpuesto contra el Acuerdo N° 038-2012/MDV-CDV.

Por otro lado, el artículo 343 del CPC determina que el desistimiento de un medio impugnatorio produce como efecto el dejar firme el acto impugnado, salvo que se hubiera interpuesto adhesión. En tal sentido, y atendiendo a que ha sido admitida la incorporación al proceso de Raúl Alfredo Gonzales Trauco, corresponde la continuación del proceso en base a esta nueva relación procesal instaurada, a fin de determinar si el alcalde de la Municipalidad Distrital de Ventanilla ha incurrido o no en la causal de vacancia prevista en el artículo 22, numeral 7, de la LOM.

Por lo tanto, corresponde declarar que los efectos del desistimiento del recurso de apelación se limitan únicamente al interesado Augusto Nemecio Espinoza Ulloa, debiendo continuarse con el trámite correspondiente al proceso de vacancia”.

- 7. Aplicación del principio de oportunidad y valoración de las pruebas.** Señala el JNE: “Asimismo, es preciso indicar que, de conformidad con el principio de oportunidad que rige todo proceso jurisdiccional, y que ha sido recogido por este Pleno en pronunciamientos anteriores tales como la Resolución N° 138-2012-JNE, del 26 de marzo de 2012, emitida en el Expediente N° J-2012-00021, y en la Resolución N° 172-2012-JNE, del 10 de abril de 2012, emitida en el Expediente N° J-2011-00821, los medios probatorios deben ser presentados en la primera oportunidad en que se tenga ocasión de ofrecerlos, momento que se presentó con el requerimiento efectuado por este órgano colegiado en el Auto N° 1 del Expediente N° J-2011-00801, y que no fue cumplido por el concejo municipal”. Y en la Resolución N° 172-2012-JNE: “(...) este órgano colegiado considera que: a) los medios probatorios deben ser presentados en la primera oportunidad en que se tenga ocasión de ofrecerlos; b) en principio, no pueden admitirse ni valorarse medios probatorios que no hayan sido presentados y valorados por la instancia anterior, es decir, no deberían admitirse la incorporación de nuevos medios probatorios con el recurso de apelación, salvo que estos sean actuados o requeridos por el propio órgano en virtud del principio de impulso de oficio o dirección judicial y se le permita a las partes acceder a los documentos incorporados y exponer sus

argumentos en torno a estos, o se trate de documentos de conocimiento y acceso público y de fecha cierta; c) deben admitirse únicamente los medios probatorios que resulten pertinentes y relevantes para resolver la controversia jurídica planteada; y d) no deben ser admitidos medios probatorios cuya actuación pudiera suponer una dilación indebida y desproporcionada del proceso”.

En la Resolución N° 0570-2012-JNE: “Ya en anterior oportunidad el Jurado Nacional de Elecciones ha señalado no solo las dificultades probatorias existentes en los procedimientos de vacancia de autoridades municipales (Resolución N° 328-2009-JNE). Por esto, se han de utilizar no solo como elementos para apreciar los hechos con criterio de conciencia, de acuerdo a la habilitación constitucional sobre este punto (artículo 181), al mismo tiempo que ha de guiarse por lo ya establecido o determinado a nivel del Poder Judicial y el Ministerio, en tanto organismos constitucionales de carácter jurisdiccional con plenas facultades probatorias (Resolución N° 0076-2010-JNE)”.

En la Resolución N° 058-2012-JNE: “(...) la vacancia del cargo de una autoridad municipal o regional debe proceder únicamente cuando se encuentre debida e indubitadamente acreditada la causal invocada, por lo que no resulta admisible otorgar valor probatorio a las declaraciones juradas que tienen por objeto dicha finalidad. Y es que no debemos olvidar que la declaratoria de vacancia del cargo de una autoridad municipal o regional supone despojarla, al menos para el periodo en el cual fue electa, del ejercicio de su derecho a la participación política, es decir, el derecho a ser elegida, concretizado en la asunción a su cargo como autoridad, así como despojarla del ejercicio de su derecho de acceso a la función pública. No solo ello, debemos tomar en consideración que la vacancia del cargo de una autoridad municipal o regional implica también incidir negativamente en el ejercicio del derecho a elegir de la ciudadanía y, en general, en el principio de soberanía popular”.

8. **Naturaleza del recurso extraordinario y “recurso extraordinario contra recurso extraordinario”.** Ha precisado el JNE, en la Resolución N° 0835-2011-JNE: “El recurso extraordinario es un mecanismo de naturaleza excepcional que procede únicamente cuando se advierta una grave afectación de los derechos al debido proceso y a la tutela procesal efectiva. Atendiendo, precisamente, a su naturaleza excepcional, resulta sumamente cuestionable que se pretenda cuestionar la decisión adoptada por el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones en virtud de la interposición de un recurso extraordinario, con otro recurso extraordinario, lo que debería suponer el automático rechazo del presente medio impugnatorio. En ese sentido, este órgano colegiado precisa que no procede, en ningún supuesto, la interposición de un ‘recurso extraordinario contra recurso extraordinario’, siendo que cualquier pretensión de este tipo debe ser declarada improcedente, precisamente porque su admisión supondría una distorsión de la propia naturaleza excepcional del citado medio impugnatorio, así como una afectación directa y grave en el principio de seguridad jurídica y la garantía de cosa juzgada de las decisiones que, sobre forma o fondo, adopte el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones”.
9. **Acreditación de la condición de vecino.** El JNE, en la Resolución N° 091-2012-JNE, señala: “Al respecto, es preciso señalar que este Supremo Tribunal Electoral, en anterior pronunciamiento, Resolución N° 520-2011-JNE, determinó que si bien la calidad de vecino, para formular la solicitud de vacancia, está limitada en un primer momento a aquellos ciudadanos que acrediten, según ficha del Reniec, que

domicilian dentro de la jurisdicción distrital o provincial sujeta a dicho procedimiento, ello no niega la posibilidad de que una persona pueda acreditar que domicilia en un lugar distinto del declarado en el Reniec, en mérito de la pluralidad de domicilios establecida en el artículo 35 del Código Civil peruano. Por ello, la prueba de la condición de vecino recaerá en el solicitante de la vacancia, quien tendrá que demostrar el vínculo vecinal, laboral o comercial con la circunscripción, lo cual será evaluado por el concejo municipal correspondiente”.

10. **Alcances del recurso extraordinario como mecanismo de impugnación de las decisiones del JNE.** Al respecto, en la Resolución N° 0621-2012-JNE, se señala:

“El recurso extraordinario constituye un medio impugnatorio ad hoc para el cuestionamiento de las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones. Su excepcionalidad radica en que la propia Constitución (artículo 181) ha señalado que las resoluciones del Supremo Tribunal Electoral son inimpugnables. De allí que, mediante Resolución N° 306-2005-JNE, se haya instituido el recurso extraordinario, limitándolo únicamente al análisis de la probable afectación a las garantías que conforman el debido proceso y la tutela procesal efectiva, todo ello en beneficio de una decisión más justa adoptada como consecuencia del estricto respeto de los derechos procesales de las partes intervinientes.

Ello también conlleva afirmar que el recurso extraordinario por afectación al debido proceso y a la tutela procesal efectiva no puede constituirse en una instancia o etapa adicional de discusión del fondo de la cuestión controvertida ya resuelta por el Jurado Nacional de Elecciones. Al ser un mecanismo de revisión excepcional, tampoco está permitida una reevaluación de los medios probatorios ni la valoración de nuevas pruebas, sino que deben identificarse las deficiencias procesales que hubieran podido darse en las causas sometidas a la jurisdicción electoral. **Así, únicamente serán materia de pronunciamiento por parte de este órgano colegiado aquellos argumentos que suponen la vulneración de los derechos procesales protegidos por el referido recurso”.**

Por tanto, al recurrir en forma extraordinaria no se puede alegar hechos relacionados con el fondo de la controversia, sino que hay que centrarse en la fundamentación de la afectación o agravio al debido proceso o a la tutela procesal efectiva por parte del JNE. También será importante aportar algún elemento nuevo al debate preexistente, que permita advertir un error en el razonamiento por parte del órgano electoral al momento de emitir la resolución cuestionada y que suponga una transgresión del derecho a la tutela procesal efectiva.

11. **Sobre la aplicación de la Ley de Contrataciones y pronunciamientos del OSCE.**

En la Resolución N° 172-2012-JNE, se manifiesta lo siguiente:

“En ese sentido, este órgano colegiado entiende que el recurrente parte de la premisa de que las interpretaciones y decisiones adoptadas por el Tribunal de Contrataciones del Estado del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (Osce) vinculan al Jurado Nacional de Elecciones, de forma que este no podría apartarse de las mismas. Efectivamente, si la resolución impugnada dio respuesta a los argumentos del recurrente, descartándolos; si el documento cuya ausencia de valoración se invoca, contiene los mismos argumentos expuestos por el recurrente, de tal manera que refuerzan los mismos; la consecuencia lógica sería entender que Edgard Omar Pezo Rentería pretende que este Supremo

Tribunal Electoral se subordine a lo dispuesto por el Tribunal de Contrataciones del Estado.

Con relación a este punto, conviene recordar que este órgano colegiado ya ha tenido ocasión de pronunciarse en torno a la aplicabilidad o no de lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1017, que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado y, consecuentemente, las interpretaciones que sobre las disposiciones contenidas en dicha norma, realice el órgano competente, es decir, el Tribunal de Contrataciones del Estado. Así, por ejemplo, en la Resolución N° 058-2012-JNE, de fecha 2 de febrero de 2012, se indicó lo siguiente:

‘10. Adviértase que el artículo 63 de la LOM no prevé ni condiciona la aplicación de dichas restricciones de contratación a monto mínimo alguno involucrado en la relación contractual, ni tampoco establece un límite en torno a la vinculación existente entre el proveedor de la entidad pública y el funcionario o servidor público (en este caso, la regidora), como sí ocurre con el artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1017, que regula los impedimentos para ser proveedor o contratista del Estado.

11. Dado que a) nos encontramos ante un procedimiento de declaratoria de vacancia; b) el artículo 63 de la LOM tiene por finalidad proteger el patrimonio municipal, disposición de vital importancia para que las municipalidades cumplan con sus funciones y finalidades de desarrollo integral, sostenible y armónico de su circunscripción; y c) el artículo 63 de la LOM no contempla ningún monto mínimo para que resulte aplicable la restricción prevista en este, precisamente porque la finalidad que persigue no está condicionada a la cuantía, ya que lo que se persigue también es promover y salvaguardar una conducta responsable y ética de las autoridades municipales. Este órgano colegiado concluye que debe resultar de aplicación directa, la norma especial prevista para el procedimiento de declaratoria de vacancia, esto es, el artículo 63 de la LOM, por lo que corresponde desestimar el argumento de la regidora, sustentado en lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1017’.

Conforme puede advertirse, este órgano colegiado considera que: a) la sanción que impone el Tribunal de Contrataciones del Estado corresponde a un procedimiento administrativo, mientras que la vacancia es declarada por el Jurado Nacional de Elecciones dentro de un proceso jurisdiccional; b) la sanción que impone el Tribunal de Contrataciones del Estado se encuentra dirigida al proveedor, mientras que la vacancia que declara el Jurado Nacional de Elecciones se dirige contra la autoridad regional o municipal democráticamente elegida, independientemente de que dicha autoridad sea proveedora o no; c) la sanción que impone el Tribunal de Contrataciones del Estado tiene por finalidad principal reprimir aquellas conductas que contravengan el objetivo de maximizar el valor del dinero del contribuyente en las contrataciones que realicen las entidades del Sector Público, de manera que estas se ejecuten en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad (artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1017), es decir, efectúa un control que comprende la eficiencia en el gasto; la declaratoria de vacancia tiene por finalidad salvaguardar fundamental proscribir [sic] el aprovechamiento indebido del cargo público y de los recursos del Estado, pero, además, promover el ejercicio ético del cargo de autoridad, para lo cual es fundamental considerar la fecha cierta de las actuaciones bajo examen; y d) las sanciones de suspensión, destitución o despido

que impone la entidad en virtud del incumplimiento de las normas previstas en el Decreto Legislativo N° 1017, no acarrear ni constituyen una causal de declaratoria de vacancia que amerite un pronunciamiento por parte del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones o un presupuesto para dejar sin efecto la credencial de una autoridad regional o municipal democráticamente elegida.

En ese sentido, atendiendo a que el procedimiento de declaratoria de vacancia es especial y autónomo respecto de los procedimientos administrativos sancionadores que se siguen ante el Tribunal de Contrataciones del Estado, este Supremo Tribunal Electoral considera que no le vinculan los pronunciamientos emitidos por este para efectos de evaluar la procedencia y fundabilidad de una solicitud de declaratoria de vacancia por supuesta infracción de las restricciones de contratación previstas en el artículo 63 de la LOM”.

12. **La votación del alcalde en los procesos de vacancia.** Al respecto, el JNE ha señalado: “(...) en las Resoluciones N°s 647-2009-JNE y 427-A-2009-JNE, que, para las sesiones de concejo, la LOM establece dos casos distintos: a) el supuesto general (artículo 17), por el cual el alcalde únicamente tiene voto dirimente en caso de empate; y, b) el supuesto especial (artículo 23, primer párrafo), referido exclusivamente a las sesiones extraordinarias donde se discuta pedidos de vacancia. En este último caso, se requiere el voto conforme de los dos tercios **del número legal de miembros del concejo**; esto es, del alcalde y los regidores (artículo 18 de la ley acotada). Entonces, en el texto normativo invocado, se manifiesta explícitamente que el alcalde está permitido de votar. Siendo así, el alegado impedimento de votar, que el apelante atribuye al alcalde, debe ser rechazado” (véase también la Resolución N° 0101-2012-JNE).
13. **La exigencia de votación calificada solo es aplicable para la decisión que declara la vacancia.** En la Resolución N° 435-2013-JNE, se señala lo siguiente:

“(...) Al respecto, cabe precisar que el requisito de la proporción de los dos tercios de votos aprobatorios del total del número legal de los miembros del concejo municipal, establecido por el artículo 23 de la LOM, es una exigencia legal cuyo objetivo es resguardar la legitimidad de la decisión del concejo municipal a través de un grado específico de representatividad frente a la vacancia de un alcalde o regidor.

Esto quiere decir que lo que se está protegiendo es la legitimidad de una decisión frente a la consecuencia directa de la misma: la vacancia de un miembro del concejo municipal elegido democráticamente. Por ello, dicha exigencia está dirigida exclusivamente a la adopción de decisiones que incluyan la vacancia y no a las decisiones que la desestimen. Ello porque, en este último caso, lo que se conseguiría es la permanencia del miembro de concejo municipal en su cargo, y porque, además, de interpretar la disposición del artículo 23 de la LOM en sentido contrario, se crearía una injustificada barrera legal que debe ser sorteada por el concejo municipal en detrimento de la permanencia en el cargo del miembro de concejo cuya vacancia es solicitada”.
14. **Aplicación de la garantía del non bis in ídem.** En la Resolución N° 776-2011-JNE, ha preciado el JNE:

“Este Supremo Tribunal Electoral entiende que la garantía del *ne bis in idem* comporta, como es unánimemente reconocido, la prohibición de juzgar dos veces por un mismo hecho. Así, en conjunción con la jurisprudencia supranacional, se ha señalado que para su verificación se necesita la comprobación de tres identidades:

identidad de la persona perseguida (*eadem persona*), identidad del objeto de persecución (*eadem res*) e identidad de la causa de persecución o fundamento (*eadem causa petendi*).

Especialmente relevante para el caso que nos ocupa es la identidad de causa de persecución o de fundamento. En ese sentido, para la determinación de este presupuesto no solo se debe analizar la identidad de los fundamentos de las causas de la persecución, en lo que se refiere a los hechos que sustentan una solicitud de vacancia, sino también a los documentos mediante los cuales se busca comprobar objetivamente esos fundamentos. En consecuencia, si existiesen nuevas pruebas en la determinación de una causal de vacancia, este presupuesto no podría ser verificado frente a la protección del principio *ne bis in idem*, por cuanto que, racionalmente, el fundamento de una pretensión puede cambiar de modo sustancial a partir del conocimiento de nuevos elementos que antes se encontraban ocultos o desapercibidos en la realidad sujeta a comprobación. En ese sentido, la posibilidad de una nueva comprobación de hechos siempre se encontrará latente mientras el fenómeno que se quiere comprobar exista o se mantenga vigente en el tiempo.

Lo anterior nos permite señalar que no existirá afectación de la garantía del *ne bis in idem* si en el nuevo proceso se ha acompañado nueva documentación que permita no solo comprender de mejor manera los hechos del caso, sino que, a través de ellos, se justifique una nueva apreciación y, por ende, un nuevo pronunciamiento de la autoridad jurisdiccional”.

15. **Sobre la existencia de cosa juzgada.** En la Resolución N° 776-2011-JNE, ha precisado el JNE:

“Otro de los argumentos señalados para evitar que este Supremo Tribunal Electoral se pronuncie sobre la existencia de nepotismo en el presente caso es el de la cosa juzgada. Al respecto, cabe aclarar que la inmutabilidad de la cosa juzgada es una garantía que solo se ha de predicar respecto de decisiones adoptadas por órganos jurisdiccionales, es decir, con potestad de juzgar los hechos y el derecho, así como declarar las consecuencias jurídicas pertinentes. Evidentemente, ello no puede señalarse de las instancias administrativas, las que por su propia naturaleza, no juzgan los hechos ni el derecho, sino que únicamente deciden, conforme a ley, en los procedimientos puestos a su conocimiento.

De esta manera, no cabe alegar la existencia de cosa juzgada y de la garantía de su inmutabilidad cuando no ha habido pronunciamiento alguno de órgano jurisdiccional respecto de los mismos hechos. Es más, puede señalarse que contra la posibilidad de conocimiento del caso por parte del Jurado Nacional de Elecciones no cabe oponer la existencia de cosa decidida por parte de los concejos municipales en los procedimientos de vacancia de autoridades municipales. Además del hecho de que este órgano colegiado es el supremo intérprete de la normativa electoral, es también claro que un pronunciamiento de orden jurisdiccional debe prevalecer, por la propia naturaleza del órgano decisorio y del procedimiento instruido, en la medida en que brinda mayores garantías de preservación del debido proceso, así como de la justicia de la decisión que se adopte. No se trata este de un criterio nuevo que se enuncia por primera vez. Ya en la Resolución N° 753-2009-JNE este Supremo Tribunal Electoral emitió pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión controvertida, a pesar de que el procedimiento municipal había concluido como consecuencia del desistimiento al recurso de reconsideración interpuesto contra la

decisión de declarar improcedente la solicitud de vacancia declarada por el Concejo Distrital de Yauli” (véase también la Resolución N° 1125-2012-JNE).

16. **Naturaleza de los recursos impugnatorios.** En la Resolución N° 245-2012-JNE, se precisa:

“El Jurado Nacional de Elecciones, al resolver los recursos de apelación interpuestos contra los acuerdos de concejo municipal que se pronuncian sobre solicitudes de declaración de vacancia de los cargos de alcalde o regidor, ejercer función jurisdiccional y no administrativa.

El derecho fundamental a la tutela procesal efectiva exige que las controversias jurídicas, sea que se tramiten en sede administrativa o jurisdiccional, deban ser resueltas de manera definitiva, es decir, mediante un pronunciamiento sobre el fondo de la pretensión, con calidad de cosa juzgada, en el menor tiempo posible.

El recurso de reconsideración tiene por finalidad que la propia entidad administrativa—es decir, el concejo municipal—reexamine una primera decisión adoptada en el marco de un determinado procedimiento administrativo tramitado ante su instancia, en el presente caso, en el procedimiento de declaratoria de vacancia. Al respecto, cabe mencionar que contra la decisión que se pronuncia sobre el recurso de reconsideración procede la interposición de un recurso de apelación.

Conforme puede advertirse, si bien el recurso de reconsideración le permite a la Administración evaluar y corregir sus propios actos administrativos, supone una demora en la resolución definitiva de la controversia jurídica planteada, lo que incide negativamente en el derecho a la tutela procesal efectiva del solicitante de la declaratoria de vacancia.

La demora en la resolución definitiva de un procedimiento de declaratoria de vacancia de un alcalde o regidor no solo afecta el derecho a la tutela procesal efectiva del solicitante, sino que también incide en la gobernabilidad y estabilidad del gobierno local, lo que repercutirá, a su vez, en el cumplimiento del deber constitucional de promover el bienestar general.

Atendiendo a lo expuesto, este órgano colegiado estima conveniente señalar que, en el marco de procedimientos de declaratoria de vacancia de autoridades regionales y municipales, el recurso de apelación siempre prevalecerá sobre el recurso de reconsideración. Es decir, si un recurso de apelación es interpuesto dentro del plazo previsto en el artículo 23 de la LOM, todo recurso de reconsideración que se interponga con anterioridad o de manera posterior al recurso de apelación, deberá convertirse y considerarse como un recurso de apelación.

El sustento de la regla prevista en el considerando anterior radica en que es mediante el recurso de apelación que se pone en conocimiento de la controversia jurídica y legítima la intervención y ejercicio de la función jurisdiccional del Jurado Nacional de Elecciones, lo que, precisamente, permitirá arribar de manera más celer a un pronunciamiento definitivo sobre un pedido de declaratoria de vacancia”.

17. **Vacancia por hechos sucedidos en un periodo de gestión municipal culminado.** En la Resolución N° 201-2012-JNE, se precisa:

“Con relación a la posibilidad de que pueda declararse la vacancia de un alcalde o regidor por hechos sucedidos en un periodo de gestión municipal culminado,

distinto al que actualmente ejercen tales autoridades, debe considerarse lo siguiente: a) Para los miembros del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones, la doctora Elva Greta Minaya Calle y el doctor José Humberto Pereira Rivarola, siempre es posible evaluar la configuración de una causal de vacancia o suspensión, aunque los efectos sean, evidentemente, distintos si la autoridad se encuentra o no en ejercicio del cargo (votos singulares en los Expedientes N° 0805-2011 y N° 0806-2011), b) Para los demás miembros de este Supremo Tribunal Electoral, la causal de vacancia imputada debe evaluarse, porque la autoridad ha sido reelecta y porque el hecho cuestionado ha mantenido su vigencia, es decir, se trata de un hecho continuado en el actual periodo de ejercicio de cargo. Por tales motivos, se procederá a efectuar un análisis del hecho imputado como causal de vacancia”.

18. Obligación de motivar sus decisiones por parte de los Concejos municipales. En la Resolución N° 181-2012-JNE, se analiza lo siguiente:

“Se debe tener en cuenta que los miembros que integran los concejos municipales no necesariamente tienen una formación jurídica, situación que dificulta efectuar un análisis de este tipo al momento de debatir las solicitudes de vacancia; sin embargo, dicha situación no los excluye del deber de discutir cada uno de los hechos planteados, hacer un análisis de los mismos y finalmente decidir si tales hechos se subsumen en la causal de vacancia invocada, lo cual debe estar detallado en el acta respectiva.

Así, este Supremo Tribunal Electoral, considera que en los acuerdos de concejo municipal en los que se plasme la decisión sobre si es procedente o fundada una vacancia, debe existir un mínimo de fundamentación, la que consistirá en detallar los argumentos que servirán de sustento a dicha decisión, los cuales devendrán de la valoración conjunta de los medios probatorios aportados por el solicitante, la autoridad administrada o aquellos recabados de oficio por el concejo municipal. Los medios probatorios deben de cumplir con su finalidad, que es la de brindar certeza al concejo municipal sobre los puntos controvertidos. Ello no debe entenderse como que el concejo municipal esté en la obligación de considerar en sus decisiones la totalidad de los argumentos de los administrados, sino solo aquellos que se encuentren relacionados con el asunto o controversia materia de análisis. Cabe resaltar que en el artículo 6, numeral 6.2, de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, se permite la posibilidad de motivar, mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes existentes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que, por esta situación, constituyan parte integrante del respectivo acto. La decisión a emitirse debe ser la conclusión lógica de los argumentos esgrimidos en el acta de sesión”.

19. Interposición extemporánea del recurso de apelación. En la Resolución N° 152-2012-JNE, se señala:

“En el informe oral realizado en la audiencia pública, el abogado de Julio Constantino Montero Carrasco, regidor afectado, señaló que el recurso de apelación interpuesto por Germán Adolfo Mejía Páucar resultaba extemporáneo pues se había interpuesto treinta días después de realizada la sesión extraordinaria.

De conformidad con lo establecido en el artículo 16 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, el acto administrativo es eficaz a partir de que la notificación legalmente realizada produce sus efectos. Por otro lado, el artículo 18, de la ley antes citada, señala que la notificación del acto será practicada de oficio y su debido diligenciamiento será competencia de la entidad que lo dictó.

Al respecto, y teniendo en cuenta el argumento esgrimido en la audiencia pública, cabe precisar que si bien es cierto la sesión extraordinaria para tratar la solicitud de vacancia presentada por Germán Adolfo Mejía Páucar se llevó a cabo el 23 de enero de 2012, también lo es que la notificación de la Resolución de Alcaldía N° 025-2012-MDCH/A, a través de la cual se plasmó la decisión del concejo distrital de declarar improcedente la solicitud de vacancia, se realizó el 16 de febrero de 2012, y el recurso de apelación fue interpuesto el 23 de febrero, por lo que el plazo para la interposición de los recursos impugnatorios deben ser contabilizados a partir de la notificación de la resolución correspondiente.

En ese sentido, se tiene que el recurso de apelación fue interpuesto dentro del plazo establecido en el artículo 23 de la LOM, por lo que corresponde desestimar los argumentos esgrimidos por el abogado defensor del regidor Julio Constantino Montero Carrasco”.

20. **La juramentación del cargo como requisitos para la vacancia.** En la Resolución N° 149-2007-JNE, se señala lo siguiente: “Que, la Ley N° 26997, que establece la Conformación de Comisiones de Transferencia de la Administración Municipal y en virtud de ello, el procedimiento de transferencia de la administración municipal a las nuevas autoridades electas, que es considerado un procedimiento administrativo de interés público, de cumplimiento obligatorio y formal, prevé en su artículo 6 que el alcalde y los regidores deben juramentar sus respectivos cargos para poder ejercerlos; por otro lado, la Ley Orgánica de Municipalidades N° 27972 regula el procedimiento de declaratoria de vacancia de los cargos de alcalde y regidor, entendiéndose que ello se produce siempre y cuando dichos cargos se encuentren siendo ejercidos; (...) Que, estando a lo dispuesto por el artículo 6 de la Ley que N° 26997, no corresponde declarar la vacancia del referido ciudadano al no haber asumido ni ejercido cargo alguno, por lo que el Acuerdo de Concejo adoptado en la Sesión Extraordinaria N° 008-2007-MDH/R-A deviene en nulo”.

ARTÍCULO 24.- REEMPLAZO EN CASO DE VACANCIA O AUSENCIA

En caso de vacancia o ausencia del alcalde lo reemplaza el Teniente Alcalde que es el primer regidor hábil que sigue en su propia lista electoral.

En caso de vacancia del regidor, lo reemplaza:

1. Al Teniente Alcalde, el regidor hábil que sigue en su propia lista electoral.
2. A los regidores, los suplentes, respetando la precedencia establecida en su propia lista electoral.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Art. 22

 **COMENTARIO**

El reemplazo, en los términos regulados por este artículo, ha sido interpretado por el JNE (Resolución N° 316-2012-JNE) como:

“La asunción temporal de las funciones y competencias del alcalde, y tiene por finalidad evitar la paralización de la administración municipal y el correcto funcionamiento de los servicios públicos municipales’ (Resolución N° 124-2010-JNE).

Este reemplazo autorizado por la norma rectora de las municipalidades constituye un remedio ante una situación generada por la ausencia del titular del despacho de la alcaldía. Desde luego, se hace necesario, tal como se dijo en la misma resolución, que la asunción de las funciones administrativas o ejecutivas del regidor se encuentre justificado. Ello solo puede deberse al imprevisto de no contar en un momento determinado con la presencia del alcalde por encontrarse este fuera de la jurisdicción municipal.

Debe anotarse también que este Supremo Tribunal Electoral ya ha señalado claramente que no es posible que se encargue el despacho de la alcaldía a miembro alguno del concejo municipal distinto a quien ostenta la posición de primer regidor (Resolución N° 218-2012-JNE), ni que se utilice la figura de la delegación de facultades, pues esta solo puede hacerse en caso de que la autoridad se encuentre dentro de la jurisdicción y ante la imposibilidad de contar con la presencia del titular en un acto o gestión específico (Resolución N° 420-2009-JNE)”.

Uno de los temas frecuentes es si el teniente alcalde tiene límites en sus facultades durante el tiempo que ejerce la alcaldía en caso de ausencia del alcalde. El JNE, en la Resolución N° 0821-2011-JNE, ha establecido lo siguiente:

“2. Este Supremo Tribunal Electoral, mediante la Resolución N° 231-2007-JNE, ya ha señalado que la atribución de delegación de facultades del alcalde dispuesta en el artículo 20, numeral 20, de la LOM tiene excepciones expresas. Por ejemplo, la establecida en el artículo 24 de la referida ley, la cual dispone que el teniente alcalde, es decir, el primer regidor hábil que sigue en su propia lista electoral, reemplaza al alcalde, no solo en los casos de vacancia, sino también en los de ausencia, lo cual implica también el ejercicio de atribuciones políticas y de funciones ejecutivas o administrativas. De esa manera, las funciones administrativas que el primer regidor lleve a cabo como consecuencia de la ausencia del alcalde, no pueden ser calificadas como configuradoras de la causal de vacancia.

El remplazo del alcalde por parte del teniente alcalde significa que, por imperio de la ley, este asume la representación legal de la municipalidad como si fuera el propio titular, apreciación sostenida por este órgano colegiado en la Resolución N° 337-2010-JNE.

3. Asimismo, se ha determinado que las condiciones para la asunción del despacho de alcaldía por ausencia del titular son, entre otras: que sea llevada a cabo cuando el alcalde se encuentre impedido de ejercer sus funciones, se configure por la existencia de razones voluntarias o involuntarias que impidan al alcalde ejercer sus funciones, sea temporal, y que la posición de encargado sea asumida por el primer regidor, siempre y cuando esté en condiciones de ejercer el cargo (Resolución N° 777-2009-JNE).

4. Desde esta perspectiva, se debe considerar que el desarrollo de esta posición se da con el fin de garantizar el normal desarrollo de las actividades municipales y la continuidad de los servicios que se presta a favor de la localidad en caso de ausencia del alcalde titular”.

Esta disposición del JNE guarda concordancia con la Resolución N° 0821-2011-JNE, de fecha 16 de diciembre de 2011, por la que este Supremo Tribunal Electoral declaró la vacancia de Alberto Torres Pinedo, toda vez que como tercer regidor asumió el despacho de alcaldía y en mérito de ello ejerció funciones administrativas, lo que configuró una contravención a la normativa municipal (fundamento 8).

Y en la Resolución N° 0148-2012-JNE, manifiesta: “Así, este colegiado ha señalado en las Resoluciones N°s 420-2009-JNE y 639-2009-JNE que la encargatura de funciones de alcalde al teniente alcalde involucra la totalidad de las funciones políticas, ejecutivas y administrativas, en los casos en que el alcalde no pueda ejercer sus funciones debido a circunstancias voluntarias o involuntarias. En ese sentido, la encargatura se diferencia de la delegación de funciones, que tiene naturaleza específica y no implica la ausencia del titular que las delega”.

ARTÍCULO 25.- SUSPENSIÓN DEL CARGO⁽⁴⁴⁾

El ejercicio del cargo de alcalde o regidor se suspende por acuerdo de concejo en los siguientes casos:

1. **Por incapacidad física o mental temporal;**
2. **Por licencia autorizada por el concejo municipal, por un periodo máximo de treinta (30) días naturales;**
3. **Por el tiempo que dure el mandato de detención;**
4. **Por sanción impuesta por falta grave de acuerdo al reglamento interno del concejo municipal.**
5. **Por sentencia judicial condenatoria emitida en segunda instancia por delito doloso con pena privativa de la libertad.**

Con excepción de la causal establecida en el numeral 2, una vez acordada la suspensión, se procederá de acuerdo a lo señalado en el artículo 24 de la presente Ley, según corresponda.

Concluido el mandato de detención a que se refiere el numeral 3, el alcalde o regidor reasume sus funciones en forma automática e inmediata, sin requerir pronunciamiento alguno del concejo municipal. En el caso del numeral 5, la suspensión es declarada hasta que no haya recurso pendiente de resolver y el proceso se encuentre con sentencia consentida o ejecutoriada.

En todo caso la suspensión no podrá exceder el plazo de la pena mínima prevista para el delito materia de sentencia. De ser absuelto en el proceso penal, el suspendido reasumirá el cargo, caso contrario, el concejo municipal declarará su vacancia.

Contra el acuerdo que aprueba o rechaza la suspensión procede recurso de reconsideración ante el mismo concejo municipal, dentro de los ocho (8) días hábiles posteriores

(44) Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley N° 28961, publicada el 24 enero 2007.

a la notificación del acuerdo, no siendo exigible su presentación para la interposición del recurso a que se contrae el párrafo siguiente.

El recurso de apelación se interpone ante el concejo municipal dentro de los diez (10) días hábiles posteriores a la notificación del acuerdo de concejo que aprueba o rechaza la suspensión, o resuelve su reconsideración.

El concejo municipal lo elevará al Jurado Nacional de Elecciones en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles, bajo responsabilidad.

El Jurado Nacional de Elecciones resuelve en instancia definitiva y su fallo es inapelable e irrevisable.

En todos los casos el Jurado Nacional de Elecciones expide las credenciales a que haya lugar.

Se considera falta grave no instalar y convocar por lo menos una vez cada dos meses al comité de seguridad ciudadana, dispuesto en la Ley N° 27933; así como no cumplir con las funciones en materia de defensa civil contenidas en el artículo 11 de la Ley 29664, Ley que crea el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres⁽⁴⁵⁾.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Arts. 18, 22, 24



COMENTARIO

La suspensión es el cese temporal del ejercicio de un cargo, por causal establecida en la Ley y sancionado por el correspondiente acuerdo de Concejo.

Falconí Gálvez, anota las diferencias entre la vacancia y la suspensión. “La gran diferencia entre una vacancia y una suspensión es precisamente el efecto de cada una en el tiempo sobre el cargo electivo. En el caso de la declaración de vacancia de un cargo de elección popular, el cese del ejercicio es definitivo, mientras que, en el caso de una suspensión en el cargo, dicho cese es siempre por un término establecido, sin que implique la pérdida del mandato. Así, por ejemplo, el inciso 1) del artículo 25 de la LOM establece como causal de suspensión la incapacidad física o mental temporal. De allí que, en el entendido que se produzca la recuperación física o mental de la autoridad, se levanta la suspensión. Pero en caso de que este mismo impedimento físico o mental sea permanente, corresponderá entonces pasar de la suspensión a la vacancia (a la pérdida definitiva del cargo)”⁽⁴⁶⁾.

En cuanto al procedimiento debe estarse, en lo que pueda aplicarse, a las normas relativas a la convocatoria y trámite de los acuerdos de concejo. En cuanto al plazo para que el concejo resuelva, ante la omisión de la LOM, debe ser la de 30 días por aplicación de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, que se computará desde el momento que se formaliza el pedido de suspensión. Al respecto, el JNE en la Resolución N° 592-2013-JNE “De acuerdo al artículo 25 de la LOM, la suspensión de un regidor o de un alcalde es un acto administrativo que se produce

(45) Párrafo incorporado por la Ley N° 30055, publicada el 30 de junio de 2013.

(46) FALCONÍ GALVEZ, Juan T. “La vacancia de autoridades elegidas democráticamente. Necesarias precisiones conceptuales para su mejor entendimiento”. En: *Revista Electrónica del Centro de Estudios de Derecho Municipal*. Año II, N° 2, 2008.

mediante el acuerdo del concejo municipal, al interior de una sesión en la que se obtiene, cuando menos, el voto de conformidad de la mayoría simple. De ello se sigue que la validez de dicho acto puede ser cuestionada en el caso de que no se hayan respetado los presupuestos formales de la propia sesión de concejo. Así, resulta necesario que, en primer lugar, se haya cumplido con respetar los requisitos establecidos en el artículo 13 de la LOM sobre la convocatoria a las sesiones de concejo, dentro de las cuales se encuentra el deber de respetar el plazo de cinco días hábiles entre la fecha de notificación de la convocatoria a la sesión y la fecha en la que la misma se lleva a cabo”. Adicionalmente, el acuerdo debe respetar los requisitos de validez y formalidades del acto administrativo a que se refiere la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General. Al respecto mediante la Resolución antes indicada, el JNE ha hecho referencias a los requisitos exigido para el ejercicio de la facultad sancionador del Concejo, en los términos siguientes:

“(…) de una revisión detenida del acta de la sesión extraordinaria mencionada en el numeral precedente, puede observarse que no se cumplieron con todas las exigencias establecidas jurisprudencialmente por este Supremo Tribunal, mediante la Resolución N° 1161-2012-JNE respecto de la debida motivación en los acuerdos de concejo que impliquen el establecimiento de una sanción.

Cabe precisar que si bien la referida resolución desarrolla dichos requisitos a la luz de un caso de vacancia, los mismos resultan directamente aplicables a los casos de suspensión, debido a que comparten la misma naturaleza sancionatoria. Dicha resolución establece en el numeral 2 de la parte considerativa que en su decisión, el concejo municipal debe pronunciarse respecto de:

- a) La legitimidad para obrar del solicitante.
- b) Cada uno de los hechos imputados que sustentan la solicitud.
- c) Cada uno de los descargos, en función de la causal invocada, formulados por la autoridad municipal.
- d) Cada una de las causales de declaratoria de vacancia invocadas por el solicitante, siendo que, para ello, se tendrá que efectuar, además, un análisis o valoración conjunta de los medios probatorios aportados por las partes o actuados de oficio por el concejo municipal”.

Por tanto, en todo acuerdo de concejo sobre suspensión, deberá seguirse las pautas antes precisadas, para efectos de su legalidad.

Quórum para la suspensión

En la STC Exp. N° 00019-2008-PI/TC, interpuesto contra la Ordenanza N° 167 que aprobó el Reglamento Interno de la Municipalidad Distrital del Rímac, se cuestionaba el que establecía “mayoría simple” como quórum para aplicar la sanción de suspensión; que el artículo 23 de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades señala que los casos de vacancia deben adoptarse por mayoría calificada, debiendo aplicarse, a su criterio, el mismo supuesto para el tema de la suspensión, por ser esta una interrupción en el ejercicio de la función edil. El TC resuelve:

“10. En primer lugar, el demandante alega que el artículo 62 del Reglamento, al establecer la “mayoría simple” como quórum requerido para la aplicación de la sanción de suspensión, contraviene lo establecido en la LOM, pues esta habilita al Concejo para tipificar las sanciones disciplinarias que serán aplicables a sus

miembros, pero **no** para establecer el número de votos aprobatorios, lo que estaría reservado a la propia LOM. De este modo, a criterio de los demandantes, la forma en que debe ponerse en práctica una sanción no podría ser desarrollada por el Reglamento.

11. Sobre el particular, conviene resaltar que el artículo 17 de la LOM establece que los acuerdos del Concejo Municipal son adoptados por mayoría calificada o mayoría simple, según lo establezca la ley. Al respecto, cabe señalar que la LOM no contempla ningún requisito especial de votación para el caso de los acuerdos que disponen la suspensión de algún miembro del Concejo (como por ejemplo sí lo establece, para otros supuestos, en sus artículos 23, 61 y 66). Siendo ello así, el establecimiento de una mayoría simple como quórum requerido para adoptar aquel tipo de acuerdos resulta ser una alternativa válida que ha sido adoptado en el marco de la **autonomía administrativa** que asiste a los gobiernos locales y que no compromete ningún derecho ni competencia reservada a la LOM.

En consecuencia, para el caso de la suspensión, la LOM no exige una votación especial, pudiendo ser la mayoría simple una alternativa válida, como también puede ser una mayoría calificada de así deciden fijarlo en el reglamento interno, en ejercicio de la autonomía administrativa municipal, que es la facultad que tienen las municipalidades de auto normarse en asuntos de organización interna.

Causales de vacancia:

1. Por incapacidad física o mental temporal

La incapacidad física o mental temporal que impide el desempeño del cargo, no requiere mayores explicaciones en cuanto a su pertinencia y estará supeditado a su restablecimiento. Debe tenerse en cuenta la Resolución N° 0803-2011-JNE, donde se ha establecido que en el caso de los funcionarios municipales, entre los que se encuentran los alcaldes, la incapacidad permanente, física o mental para el desempeño de la función pública se acreditará mediante pronunciamiento emitido por una junta médica, conforme a lo señalado en el Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, y sus normas reglamentarias, así como a los artículos 49 y 56 del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Fomento del Empleo.

2. Por licencia autorizada por el concejo municipal

Al ejercer esta atribución debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el inc. 27 del art. 9 de la LOM, que establece que es facultad del Concejo Municipal aprobar las licencias solicitadas por el alcalde o los regidores, no pudiendo concederse licencias simultáneamente a un número mayor del 40 % de los regidores.

3. Por el tiempo que el mandato de detención

También no requiere mayores explicaciones, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en este mismo artículo, que concluido el mandato de detención, el alcalde o regidor reasume sus funciones en forma automática e inmediata, es decir, no requiere un nuevo pronunciamiento del Concejo.

Castiglioni, con justa razón, aclara lo siguiente: “A pesar que el inciso es claro, en la práctica esto no sucede, toda vez que en el mismo artículo se señala en el caso de suspensión, el Jurado Nacional de Elecciones expide las credenciales a que haya lugar, es decir, existe un reemplazante en el cargo y una vez revocado el mandato de detención por la Corte Superior del Distrito Judicial correspondiente o variado el mandato de detención por comparecencia por el mismo juez especializado en lo penal, al amparo de lo establecido en el artículo 135 del Código Procesal Penal, el alcalde o el regidor no pueden asumir el cargo, porque quien viene reemplazándolo no se lo permite, es más, ni siquiera lo dejan ingresar al palacio municipal, con el argumento que tienen una credencial otorgada por el Jurado Nacional de Elecciones, lo que obliga a acudir al máximo organismo electoral y solicitar se deje sin efecto las credenciales otorgadas y reasumir el cargo, trámite que en una situación normal demora un mes, lo que le impide asumir el cargo, pero a su vez es una especie de carta libre para aquella persona que lo viene reemplazando haga uso indebido de los bienes del Estado, como frecuentemente se han presentado situaciones a nivel nacional”⁽⁴⁷⁾.

4. Por sanción impuesta por falta grave de acuerdo al reglamento interno del concejo municipal

El art. 9 inc. 12 de la LOM señala que es atribución del Concejo aprobar por ordenanza el Reglamento Interno de Concejo (RIC), por tanto una primera condición para la aplicación de esta causal es que exista un reglamento interno aprobado con las formalidades de ley y debidamente publicado, requisito esencial para su aplicación de acuerdo al art. 44 de la LOM⁽⁴⁸⁾.

Para la tipificación de esta causal, “el Jurado Nacional de Elecciones, en reiterada jurisprudencia (Resoluciones N°s 409-2009-JNE, 485-2011-JNE, 680-2011-JNE, entre otras), ha establecido lo siguiente: a. Las faltas deben estar señaladas previamente en el RIC correspondiente (principios de legalidad y tipicidad), b. Su comisión debe afectar principios y valores de la actuación municipal (principio de lesividad), c. Debe existir relación directa entre los miembros del concejo municipal a quienes se pretende sancionar y la conducta considerada (principio de culpabilidad), d. La conducta atribuida válidamente debe subsumirse en aquella otra descrita de manera abstracta en el RIC”. Y en la Resolución N° 069-2013-JNE amplía estas exigencias:

“El Jurado Nacional de Elecciones, en pronunciamientos tales como la Resolución N° 0680-2011-JNE, emitida el 9 de agosto de 2011, en el Expediente N° J-2011-0177, y la Resolución N° 0059-2012-JNE, emitida el 2 de febrero de 2012 en el Expediente N° J-2012-00038, ha reconocido que el incumplimiento de las disposiciones establecidas en el RIC sí pueden constituir una conducta

(47) CASTIGLIONI GHIGLINO, Julio César. “Las modificatorias a la Ley Orgánica de Municipalidades”. Ob. cit.

(48) En la R. N° 596-2013-JNE, se señala lo siguiente: “En ese sentido, tomando en consideración que el procedimiento de suspensión por falta grave se erige como uno en el que el Estado ejerce su potestad sancionadora, el grado de certeza en torno a la satisfacción de principios constitucionales como el de publicidad de la norma que le sirve de sustento, en este caso, el RIC, debe ser intenso y pleno, no debiendo existir el menor atisbo de duda en torno a que el RIC fue publicado, de conformidad con los lineamientos establecidos en el artículo 44 de la LOM. Como ello no ocurre en el presente caso, resultaría inconstitucional convalidar la imposición de la sanción dada por el concejo municipal”.

pasible de ser considerada falta grave y merecer la sanción de suspensión, siempre y cuando se cumplan los siguientes criterios: a) estar considerada como tal en el mismo RIC vigente; b) los alcaldes y regidores han de conocer el RIC, en tanto esta sea la norma que regule su actuación y la del órgano de gobierno municipal que integran; c) las mencionadas autoridades tienen el deber de respetar las disposiciones del RIC; y d) la conducta realizada, además de infractora del RIC, afecta los valores y principios de la actuación municipal. Su aplicación debe estar premunida de las garantías reconocidas en el Derecho administrativo sancionador y, en especial, de aquellas que se relacionan con el debido proceso y la tutela procesal efectiva. Entonces, el primer criterio para determinar si existe la falta grave es verificar el cumplimiento del principio de legalidad del RIC del concejo municipal⁽⁴⁹⁾.

Suspensión por inacción en temas de seguridad ciudadana y gestión del riesgo de desastres

Por Ley N° 30055, publicada el 30 de junio de 2013, se ha incorporada como falta grave, a efectos de la suspensión del cargo del alcalde, no instalar y convocar por lo menos una vez cada dos meses al comité de seguridad ciudadana, dispuesto en la Ley N° 27933; así como no cumplir con las funciones en materia de defensa civil contenidas en el artículo 11 de la Ley N° 29664, Ley que crea el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres. Por tanto, una primera obligación que nace de esta modificación, es la del Concejo municipal de incorporar esta materia como falta grave en su reglamento interno; de no hacerlo, además de las responsabilidades consiguientes, no limita la aplicación de la suspensión, en la medida que dicha causal está perfectamente delimitada en la Ley.

(49) En la Resolución N° 1149-2012-JNE: "1. Para efectos de que pueda disponerse válidamente la suspensión de una autoridad municipal, por la imposición de una sanción por la comisión de una falta grave prevista en el Reglamento Interno del Concejo Municipal, este órgano colegiado considera que deben concurrir, como mínimo, los siguientes elementos:

a. El Reglamento Interno del Concejo Municipal debe haber sido publicado de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente (principio de publicidad de las normas reconocido en el artículo 109 de la Constitución Política de 1993 y en el artículo 44 de la LOM) y entrado en vigencia antes de la comisión de la conducta imputada a la autoridad municipal.

b. La conducta imputada debe encontrarse clara y expresamente descrita como falta grave en el Reglamento Interno del Concejo Municipal (principios de legalidad y tipicidad de las normas, consagrados en el artículo 2, numeral 24, inciso d, de la Constitución Política de 1993, y en el artículo 230, numeral 1, de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General).

c. La sanción debe recaer sobre la autoridad municipal, que realiza, efectivamente, la conducta omisiva o comisiva que se encuentra descrita previamente en el Reglamento Interno del Concejo Municipal, como falta grave (principio de causalidad reconocido en el artículo 230, numeral 8, de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General).

d. Debe acreditarse la existencia de intencionalidad de la autoridad municipal en realizar la conducta comisiva u omisiva tipificada como falta grave en el Reglamento Interno del Concejo Municipal (principio de culpabilidad en el ámbito administrativo), ello independientemente de que exista voluntad o no, de parte de la citada autoridad, en afectar algún bien, derecho, atribución, principio o valor institucional del municipio.

e. La conducta tipificada como falta grave en el Reglamento Interno del Concejo Municipal debe procurar tutelar los bienes, derechos, principios y valores institucionales del municipio (principio de lesividad).

La incorporación tiene como finalidad que los alcaldes, como presidentes de los Comités de Seguridad Ciudadana, cumpla con las obligaciones que les exige la Ley N° 27933 - Ley del Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana y su reglamento - D.S. N° 012-2003-IN. Este dispositivo debe ser concordado con la tercera disposición transitoria de la Ley N° 27933 (incorporada por la Ley N° 30055, publicada el 30 de junio de 2013): “Los representantes del Ministerio Público ante los comités de seguridad ciudadana denunciarán los incumplimientos por acción u omisión por parte de los funcionarios públicos de los comités regionales, provinciales y distritales de seguridad ciudadana que incumplan lo establecido en la presente Ley y su reglamento. El Ministerio Público determina en cada caso si existen indicios de la comisión de delito de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales contemplados en el artículo 377 del Código Penal, para proceder conforme a ley”. Sobre el tema de la seguridad ciudadana, véase nuestros comentarios al art. 85 de la LOM.

Asimismo, se busca reforzar y corregir la labor del alcalde como respecto al manejo y gestión del riesgo de desastres.

5. Por sentencia judicial condenatoria emitida en segunda instancia por delito doloso con pena privativa de la libertad

El mismo artículo precisa que en el caso del numeral 5, la suspensión es declarada hasta que no haya recurso pendiente de resolver y el proceso se encuentre con sentencia consentida o ejecutoriada. En todo caso, la suspensión no podrá exceder el plazo de la pena mínima prevista para el delito materia de sentencia. De ser absuelto en el proceso penal, el suspendido reasumirá el cargo, caso contrario, el concejo municipal declarará su vacancia. Sobre este tema, señala Castiglioni: “En el inciso cinco, por sentencia condenatoria emitida en segunda instancia por delito doloso con pena privativa de libertad, se precisa que la suspensión se declara hasta que no haya recurso pendiente de resolver y que el proceso se encuentra con sentencia consentida y ejecutoriada, en este caso estamos hablando de los recursos de queja por denegatoria de recurso de apelación ante la Corte Suprema, también se establece que la suspensión no podrá exceder al plazo máximo de la pena mínima, lo cual entramos en un contrasentido, si una persona es condenada en segunda instancia (procesos sumarios), queda suspendida en el cargo y mas no vacada hasta que se pronuncie la Corte Suprema, que pasa si la Corte Suprema como ya conocemos los procesos los resuelve en dos o tres años y la suspensión excede al plazo de la pena, existiendo un gran vacío sobre el particular, porque no se le podrá decir al Poder Judicial que resuelva con celeridad porque la persona está suspendida. Se puntualiza que de ser absuelto en el proceso penal el suspendido reasume en el cargo en este caso solo puede absuelto el condenado en proceso sumario, vía recurso de queja y al haberse declarado fundado el recurso de nulidad, en este caso suben todos los actuados en recurso de nulidad y se puntualiza que en caso contrario, es decir en caso de no ser absuelto, o sea de no proceder la queja se declarará la vacancia. Esta es una redacción ambigua y con falta de tecnicismo que solo llevara a confusión a la comunidad”.

TÍTULO III

LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y DE ADMINISTRACIÓN DE LAS MUNICIPALIDADES

CAPÍTULO I

LA ADMINISTRACIÓN MUNICIPAL

SUBCAPÍTULO I

LA ESTRUCTURA ADMINISTRATIVA

ARTÍCULO 26.- ADMINISTRACIÓN MUNICIPAL

La administración municipal adopta una estructura gerencial sustentándose en principios de programación, dirección, ejecución, supervisión, control concurrente y posterior. Se rige por los principios de legalidad, economía, transparencia, simplicidad, eficacia, eficiencia, participación y seguridad ciudadana, y por los contenidos en la Ley N° 27444.

Las facultades y funciones se establecen en los instrumentos de gestión y la presente ley.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Art. 8

Ley N° 27444 Arts. 1:5), IV



COMENTARIO

La gerencia municipal debe ser lo suficientemente flexible para adaptarse a las condiciones y circunstancias de cada municipalidad en particular. Tarea nada fácil en el Perú, donde las municipalidades presentan las siguientes debilidades estructurales: ausencia de políticas municipales, inadecuada prestación de servicios, burocratización administrativa, falta de personal especializado, bajos ingresos del personal, falta de información adecuada, falta de programas de capacitación, letargo del personal con respecto a un trabajo municipal eficiente y de buen trato a los administrados, entre otros aspectos.

La administración municipal, dispone la norma, adopta una estructura gerencial sustentándose en los principios de programación, dirección, ejecución, supervisión, control concurrente y posterior. Veamos cada uno de estos principios:

- a) La programación es una actividad que deriva del proceso de planeación. “Tiene por objeto preparar y ordenar las actividades que realizan las diversas unidades de la administración municipal, tomando en cuenta el tiempo, los recursos humanos, materiales técnicos y financieros disponibles. De esta actividad resultan los programas que incluyen los calendarios de ejecución de trabajos y de aplicación de recursos”⁽⁵⁰⁾.

Las características de la programación, son:

- Es integral: abarca todas y cada una de las dependencias y unidades administrativas del gobierno local.
- Es permanente: las actividades siempre deberán programarse para tener un orden y una racional asignación de recursos.
- Responde al cumplimiento de los objetivos y metas establecidas en los planes municipales.
- Es flexible: porque se puede adecuar a las circunstancias en el momento en que se desee
- Es ordenada: ya que establece las acciones, obras y servicios a realizar y sus requerimientos de recursos humanos, materiales y financieros.
- Es participativa: porque permite la integración de la comunidad en la ejecución directa de los programas.

El art. IX del Título Preliminar de la LOM, preceptúa que la planeación local “(...) es integral, permanente y participativo, articulando a las municipalidades con sus vecinos. En dicho proceso se establecen las políticas públicas de nivel local, teniendo en cuenta las competencias y funciones específicas exclusivas y compartidas establecidas para las municipalidades provinciales y distritales. El sistema de planificación tiene como principios la participación ciudadana a través de sus vecinos y organizaciones vecinales, transparencia, gestión moderna y rendición de cuentas, inclusión, eficiencia, eficacia, equidad, imparcialidad y neutralidad, subsidiariedad, consistencia con las políticas nacionales, especialización de las funciones, competitividad e integración”.

La Dirección comprende la impartición de directivas, la delegación de funciones y la supervisión de las acciones que realice cada miembro de la organización edil; con el objetivo de que se logre el cumplimiento de una acción determinada, de la manera más eficaz posible, con ahorro de tiempo y dinero.

La Ejecución consiste en el cumplimiento estricto de lo planificado, lo que conlleva determinar el procedimiento y contar con los recursos necesarios, tanto en personal como en bienes.

El Control, consiste en el establecimiento de sistemas que nos permite medir los resultados actuales y pasados en relación con los planeados, con el objeto de medir el avance de lo ejecutado, corregir y formular nuevos planes.

(50) INSTITUTO NACIONAL PARA EL FEDERALISMO Y EL DESARROLLO MUNICIPAL. *La programación municipal*. Disponible en: <www.inafed.gob.mx>.

La administración, dice además la norma, se rige por los principios de legalidad, economía, transparencia, simplicidad, eficacia, eficiencia, participación y seguridad ciudadana y por los contenidos en la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, que según el art. IV del Título Preliminar son: legalidad, debido procedimiento, impulso de oficio, razonabilidad, imparcialidad, informalismo, presunción de veracidad, conducta procedimental, celeridad, eficacia, verdad material, participación, simplicidad, uniformidad, predictibilidad y privilegio de controles posteriores.

ARTÍCULO 27.- GERENCIA MUNICIPAL

La administración municipal está bajo la dirección y responsabilidad del gerente municipal, funcionario de confianza a tiempo completo y dedicación exclusiva designado por el alcalde, quien puede cesarlo sin expresión de causa. El gerente municipal también puede ser cesado mediante acuerdo del concejo municipal adoptado por dos tercios del número hábil de regidores en tanto se presenten cualesquiera de las causales previstas en su atribución contenida en el artículo 9 de la presente ley.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Arts. 9, 28, 39



COMENTARIO

El art. 26 de la LOM señala que la administración municipal adopta una estructura gerencial; lo que quiere decir que la administración municipal está bajo la dirección y responsabilidad de un gerente municipal.

La dirección del gerente, en cuanto funcionario de confianza, es atribución exclusiva y excluyente del alcalde, bajo ningún concepto puede ser designado por el concejo o cualquier otro órgano interno o externo a la municipalidad. El art. 20 inc. 17 de la LOM, señala expresamente que son atribuciones del alcalde designar y cesar al gerente municipal y, a propuesta de este, a los demás funcionarios de confianza. Por lo tanto, el gerente municipal depende de la alcaldía y tiene mando sobre los órganos de línea, de asesoramiento y de apoyo.

A efectos administrativos, el gerente municipal debe ser designado por resolución de alcaldía, no siendo necesaria la suscripción de contrato de trabajo. Esto debido a que la gerencia municipal se encuentra dentro del Cuadro de Asignación de Personal de la entidad municipal, y por tanto el régimen laboral aplicable será el del D. Leg. N° 276 - Ley de Bases de la Carrera Administrativa. Su incorporación a la administración es vía la figura de la designación a tenor del art. 77 del D.S. N° 005-90-PCM - Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, que prescribe: "La designación consiste en el desempeño de un cargo de responsabilidad directiva o de confianza por decisión de la autoridad competente en la misma o diferente entidad en este último caso se requiere del conocimiento previo de la entidad de origen y del consentimiento del servidor. Si el designado es un servidor de carrera, al término de la designación reasume funciones del grupo ocupacional y nivel de carrera que le

corresponda en la entidad de origen. En caso de no pertenecer a la carrera concluye su relación con el Estado”.

Por tanto, la gerencia municipal es el órgano de dirección del más alto nivel administrativo, dependiente de la alcaldía. Forma parte de la estructura orgánica básica de la municipalidad, a tenor del art. 27 de la LOM. En términos generales, le compete planear, dirigir, organizar, fiscalizar y controlar todas las actividades propias de la entidad municipal a su cargo (actividades que enmarcan dentro de la atribución de dirección); y también será el órgano responsable de la eficiencia, eficacia y desarrollo de la jurisdicción, de la capacitación y desenvolvimiento diario del personal bajo su cargo y de la atención adecuada al ciudadano (en el marco de su atribución de responsabilidad).

Las funciones específicas del gerente general se detallan en el Reglamento de Organización (ROF), en el Manual de Organización y Funciones (MOF) y en el Cuadro de Asignación de Personal (CAP) de cada entidad; pero básicamente su labor se circunscribe a lo siguiente:

- Representar al alcalde, por delegación expresa de este, ante las instituciones públicas y privadas, dándole cuenta de las acciones realizadas.
- Planificar, organizar, dirigir y fiscalizar las funciones de la administración tanto en la prestación adecuada de servicios como en la promoción del desarrollo.
- Celebrar y ejecutar los actos y contratos ordinarios, de acuerdo a las facultades delegadas por el alcalde.
- Hacer el seguimiento para el cumplimiento de los acuerdos y ordenanzas del Concejo Municipal.
- Hacer el seguimiento para el cumplimiento de las resoluciones de alcaldía, directivas y demás normas municipales.
- Proponer al alcalde proyectos de acuerdos y ordenanzas municipales.
- Evaluar la ejecución de los planes municipales, medir la eficiencia de los recursos invertidos y las acciones destinadas a cumplir con los objetivos y metas de la municipalidad.
- Informar mensualmente a la alcaldía el desarrollo de los proyectos, procesos, programas y actividades que implemente o ejecute la municipalidad.
- Evaluar y controlar el nivel de rendimiento de las gerencias, áreas y oficinas.
- Supervisar la elaboración del Plan Anual de Adquisiciones, en coordinación con las gerencias o jefes de oficina.
- Proponer al alcalde los planes de desarrollo y ejecutar los aprobados.
- Proponer al alcalde los instrumentos de gestión.
- Supervisar la recaudación de los ingresos y los egresos municipales.
- Proponer al alcalde los temas que deben ser incluidos en la agenda en las sesiones de concejo.
- Canalizar el procedimiento y trámite interno con miras a atender las solicitudes y reclamos de la población.
- Canalizar y fiscalizar la información que se incorpore en el sistema informático.

En su condición de personal de confianza puede ser cesado por el alcalde, sin expresión de causa. La ley también permite que el Concejo Municipal pueda cesar al gerente, pero siempre que concurren alguna de estas dos circunstancias: a) acto doloso, que deberá ser determinado en sede judicial; y b) falta grave, que deberá ser determinada previo procedimiento administrativo disciplinario, de conformidad con el D. Leg. 276 - Ley de la Carrera Administrativa (art. 28) y su Reglamento - D.S. N° 005-90-PCM (arts. 150 a 162), en tanto el gerente municipal está sujeto al régimen laboral general aplicable a la Administración Pública.

ARTÍCULO 28.- ESTRUCTURA ORGÁNICA ADMINISTRATIVA

La estructura orgánica municipal básica de la municipalidad comprende en el ámbito administrativo, a la gerencia municipal, el órgano de auditoría interna, la procuraduría pública municipal, la oficina de asesoría jurídica y la oficina de planeamiento y presupuesto; ella está de acuerdo a su disponibilidad económica y los límites presupuestales asignados para gasto corriente.

Los demás órganos de línea, apoyo y asesoría se establecen conforme lo determina cada gobierno local.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Arts. 27, 30



COMENTARIO

Este artículo determina la organización básica (en el sentido de bases sobre que se sustenta algo) de toda municipalidad, que consta de cinco entes:

- a) La gerencia municipal (art. 26 de la LOM).
- b) El órgano de auditoría interna (art. 30 de la LOM).
- c) La procuraduría pública municipal (art. 29 de la LOM).
- d) La oficina de asesoría jurídica
- e) La oficina de planeamiento y presupuesto.

El objetivo de esta norma es que dichos órganos no deben faltar dentro de la estructura orgánica de una municipalidad; los demás órganos de línea, apoyo y asesoría se establecen de acuerdo a lo que determina cada concejo municipal, a propuesta del alcalde.

La LOM establece una excepción con respecto a las municipalidades de zonas rurales, al señalar en su art. 142: "Las municipalidades ubicadas en zonas rurales no están obligadas a adoptar la estructura administrativa básica que señala la presente ley, sin que ello suponga que no se deban ejercer las funciones previstas".

En lo que respecta a este artículo, surge como necesidad de que las municipalidades adopten una estructura gerencial acorde con las necesidades actuales de la administración moderna, en función de los siguientes campos de acción:

1. **Administración y finanzas.** Le competará administrar las actividades económico-financieras, de ejecución presupuestaria, de captación y registro de ingresos, facturación, cobranza y auditoría, levantamiento y actualización del catastro urbano y rural de la circunscripción municipal.
2. **Desarrollo social y protección ambiental.** Le competará fortalecer los procesos de organización comunitaria, capacitación y participación ciudadana; desarrollar programas de desarrollo social económico; promover la gestión técnica y financiera de los proyectos desarrollados ante la cooperación internacional; impulsar procesos de protección del ecosistema y contribuir al mejoramiento de las condiciones ambientales de los habitantes de su jurisdicción.
3. **Obras y servicios públicos.** Le competará formular, diseñar, ejecutar y supervisor las obras de infraestructura e inmuebles públicos que la municipalidad desarrolle y de garantizar que la prestación de los servicios públicos (agua potable, alcantarillado, comercio, mercados, tránsito, etc.) satisfaga las necesidades de la población en cuanto a cobertura y calidad. Incluye la supervisión de la labor de los particulares que ejecuten obras o servicios públicos por concesión o cesión en uso por parte de la municipalidad.
4. **Compras y suministros.** Le competará proveer, a las dependencias de la municipalidad, de productos, insumos, equipos y materiales necesarios para el cumplimiento efectivo de sus funciones.
5. **Informática.** Le competará administrar la página web y demás recursos informáticos de la municipalidad, brindando capacitación y asistencia técnica a los usuarios internos con sus estaciones de trabajo, programas y cuentas de usuarios, así como asistencia técnica en asuntos informáticos.
6. **Recursos humanos.** Le competará administrar el recurso humano de la municipalidad y regular las relaciones de trabajo entre la entidad y los trabajadores.

Por su parte, la LOM ha señalado las siguientes competencias y funciones específicas de las municipalidades:

- a) Organización del espacio físico y uso del suelo (art. 79).
- b) Saneamiento, salubridad y salud (art. 80).
- c) Tránsito, vialidad y transporte público (art. 81).
- d) Educación, cultura, deportes y recreación (art. 82).
- e) Abastecimiento y comercialización de productos y servicios (art. 83).
- f) Programas sociales, defensa y promoción de derechos (art. 84).
- g) Seguridad ciudadana (art. 85).
- h) Promoción del desarrollo económico local (art. 86).
- i) Otros servicios públicos (art. 87), “de acuerdo a sus posibilidades y en tanto dichas funciones y competencias no estén reservadas expresamente a otros organismos públicos de nivel regional o nacional”.

SUBCAPÍTULO II

LA DEFENSA JUDICIAL DE LOS INTERESES Y DERECHOS DE LOS GOBIERNOS LOCALES

ARTÍCULO 29.- PROCURADURÍAS PÚBLICAS MUNICIPALES

La representación y defensa de los intereses y derechos de las municipalidades en juicio, se ejercitan a través del órgano de defensa judicial conforme a ley, el cual está a cargo de procuradores públicos municipales y el personal de apoyo que requiera.

Los procuradores públicos municipales son funcionarios designados por el alcalde y dependen administrativamente de la municipalidad, y funcional y normativamente del Consejo de Defensa Judicial del Estado.

El concejo municipal, a propuesta del alcalde, aprueba el Reglamento de Organización, Funciones y Responsabilidades de la Procuraduría Pública Municipal.

Los procuradores públicos municipales de las municipalidades provinciales extienden sus funciones a las municipalidades distritales de su circunscripción que no cuenten con ellos, previo convenio sobre la materia.

CONCORDANCIAS:

D.Leg. N° 1068 Art. 18

D.S. N° 017-2008-JUS Art. 51



COMENTARIO

La procuraduría pública municipal es parte de la estructura orgánica básica de la municipalidad, de conformidad con el art. 28 de la LOM, y por tanto se debe procurar la existencia del mencionado órgano en toda entidad municipal.

De conformidad con el art. 18 del D. Leg. N° 1068 - Decreto Legislativo del Sistema de Defensa Jurídica del Estado, los procuradores públicos municipales ejercen la defensa jurídica del Estado en los asuntos relacionados al respectivo gobierno municipal, de acuerdo a la Constitución, al presente Decreto Legislativo (D. Leg. N° 1068), a su ley orgánica (LOM) y a su reglamento (debe entenderse que el Concejo Municipal, a propuesta del alcalde, deberá aprobar el reglamento de organización, funciones y responsabilidades de la Procuraduría Pública Municipal). El procurador tiene su oficina en la sede oficial de la municipalidad. Se encuentran vinculados normativa

y funcionalmente al Consejo de Defensa Jurídica del Estado y administrativamente a su municipalidad.

El procurador público municipal es designado por el alcalde, pero los requisitos para su designación están fijados en el art. 18 del D .Leg. N° 1068, son los siguientes: 1. ser peruano de nacimiento; 2. tener el pleno ejercicio de sus derechos civiles; 3. tener título de abogado y haber ejercido la profesión por un periodo no menor de cinco (5) años consecutivos tratándose de municipalidades provinciales y tres (3) años tratándose de municipalidades distritales; 4. estar colegiado y habilitado para el ejercicio profesional; 5. gozar de reconocida solvencia moral, idoneidad profesional y trayectoria en defensa judicial; 6. no haber sido condenado por delito doloso, ni destituido o separado del servicio del Estado por resolución firme, ni ser deudor alimentario o hallarse inhabilitado para el ejercicio de funciones públicas; 7. no tener litigio pendiente con el Estado, a la fecha de su designación; 8. especialidad jurídica en los temas relacionados al gobierno local.

Estos requisitos deben ser respetados por la municipalidad, la que tampoco puede establecer exigencias adicionales, teniendo en cuenta que el procurador municipal depende funcional y normativamente del Consejo de Defensa Jurídica del Estado. El nombramiento del procurador, bajo la figura de la designación, se hará mediante resolución de alcaldía; en este sentido puede ocupar un cargo directivo o de confianza, dependiendo de su organización interna.

Respecto de sus funciones, el art. 51 del reglamento del D.Leg. N° 1068, aprobado por el D.S. N° 017-2008-JUS, establece que el procurador público municipal tiene, además de las atribuciones y obligaciones contenidas en la ley y en el presente reglamento⁽⁵¹⁾, las que se contemplan en el reglamento de organización, funciones y

(51) **Reglamento D.S. N° 017-2008-JUS**

“Artículo 22.- De los Procuradores Públicos. El Procurador Público ejerce la representación y la defensa jurídica de los intereses del Estado Peruano, conforme a la Ley y el presente Reglamento. Ejerce su cargo a tiempo completo y a dedicación exclusiva, con excepción del desempeño de la docencia, la cual se realizará fuera de las horas de trabajo. Quedan exceptuados de lo dispuesto en el párrafo precedente el Procurador Público Ad Hoc, el Procurador Público Ad Hoc Adjunto y el Procurador Público Especializado, a que se refiere el literal f) del artículo 15 de la Ley, siempre y cuando el ejercicio de su profesión o las actividades o funciones que desempeñen las realicen en entidades públicas, y las mismas no sean incompatibles con las funciones que asumen y con las materias y/o contenidos de los procesos en los que ejerzan la defensa jurídica del Estado. (Texto conforme a la modificación dispuesta por D.S. N° 012-2010-JUS, del 13/08/20120).

Artículo 23.- De las prohibiciones. Los Procuradores Públicos: 1. Están impedidos de ejercer patrocinio, representación o mandato de particulares, salvo en causa propia o de su cónyuge, conviviente, ascendientes o descendientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. 2. Están prohibidos de intervenir como abogados, apoderados, asesores, representantes o mandatarios de litigantes en procesos contra las entidades del Estado donde ejerció funciones, hasta un año después de haber desempeñado el cargo. 3. Se encuentran comprendidos en los alcances de la Ley N° 27588 - Ley que establece prohibiciones e incompatibilidades de funcionarios y servidores públicos, así como de las personas que presten servicios al Estado bajo cualquier modalidad contractual.

Artículo 36.- Ámbito de acción. El Procurador Público ejerce la defensa jurídica del Estado en el ámbito nacional, en sede jurisdiccional y no jurisdiccional, al amparo de la Constitución y las Leyes con el fin de cautelar los intereses del Estado.

responsabilidades de la Procuraduría Pública Municipal, en cumplimiento de lo que

Artículo 37.- De las atribuciones y obligaciones de los Procuradores Públicos. El Procurador Público tiene las siguientes atribuciones y obligaciones: 1. Representar al Estado y defender los intereses de la Entidad a la que representa ante los órganos jurisdiccionales y administrativos, así como ante el Ministerio Público, Policía Nacional, Tribunal Arbitral, Centro de Conciliación y otros de similar naturaleza en los que el Estado es parte. 2. Impulsar acciones destinadas a la consecución de la reparación civil y su ejecución. Asimismo, participar en los procesos de colaboración eficaz. 3. Ofrecer medios probatorios y solicitar a la autoridad competente la realización de actos de investigación, sin menoscabo de las funciones y acciones que corresponden al Ministerio Público como Titular de la acción penal. 4. Requerir a toda institución pública la información, documentos, antecedentes e informes necesarios y colaboración para la defensa jurídica del Estado, fundamentando su pedido en cada caso. El requerimiento de copias certificadas o literales de documentos que sean necesarios para ser presentados en procesos judiciales en los que el Estado es parte, no genera pago de tasas, derechos administrativos o cualquier otro concepto que implique pago alguno entre entidades de la administración pública, conforme al principio de colaboración previsto por la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General. 5. Delegar facultades a los abogados que laboren o presten servicios en las Procuradurías Públicas, a través de escrito simple. Tratándose de los Procuradores Públicos del Poder Ejecutivo, el Presidente podrá autorizarlos para delegar su representación en favor de los abogados que laboran en cualquier entidad del Poder Ejecutivo a nivel nacional, mediante escrito simple. 6. Prestar declaración preventiva, pudiendo delegar excepcionalmente dicha función en los abogados que laboren o presten servicio a las Procuradurías Públicas. 7. Defender los asuntos del Estado ante cualquier Tribunal, Sala o Juzgado de los diferentes Distritos Judiciales de la República, para lo cual bastará encontrarse registrado en cualquier Colegio de Abogados a nivel nacional. 8. Señalar, además, dirección electrónica en los procesos en los que participe. Cuando el Estado sea emplazado, los Procuradores Públicos deberán considerar lo dispuesto en el artículo 27 del Código Procesal Civil, a efectos de utilizar, de ser el caso, los mecanismos procesales que la Ley contempla. Cuando el Estado sea emplazado, los Procuradores Públicos deberán ser notificados bajo cargo en el domicilio oficial que será publicado una vez al año en el diario oficial *El Peruano*, dentro del horario establecido para las actividades de las entidades públicas. Cualquier cambio de domicilio deberá publicarse de la misma forma. Adicionalmente el Ministerio de Justicia deberá mostrar esta información en su página web.

Artículo 38.- De la atribución de conciliar, transigir o desistirse de las demandas. Los Procuradores Públicos pueden conciliar, transigir o desistirse de las acciones judiciales en los siguientes supuestos y previo cumplimiento de los requisitos señalados en el presente artículo: 1. Cuando el Estado actúa como demandante y se discuta el cumplimiento de una obligación de dar suma de dinero que no sea pago indebido, se autoriza a los Procuradores Públicos a transigir o conciliar las pretensiones controvertidas hasta en un setenta por ciento (70 %) del monto del petitorio, siempre que la cuantía en moneda nacional, o su equivalente en moneda extranjera, no exceda de treinta (30) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), monto que no incluye los intereses. Previamente se debe solicitar la expedición de la resolución autoritativa del Titular de la entidad respectiva. 2. Cuando el Estado actúa como demandado y se discuta el cumplimiento de una obligación de dar suma de dinero que no sea pago indebido, se autoriza a los Procuradores Públicos a transigir o conciliar las pretensiones controvertidas hasta en un cincuenta por ciento (50 %) del monto del petitorio, siempre que la cuantía en moneda nacional, o su equivalente en moneda extranjera, no exceda de treinta (30) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), monto que incluye los intereses. Previamente se debe solicitar la expedición de la resolución autoritativa del titular de la entidad respectiva. 3. Cuando el Estado sea demandante y se discuta el cumplimiento de una obligación de dar suma de dinero que no sea pago indebido, se autoriza a los Procuradores Públicos a desistirse de las pretensiones controvertidas y/o del proceso, siempre que la cuantía en moneda nacional, o su equivalente en moneda extranjera, no exceda de una Unidad Impositiva Tributaria (UIT). Para este efecto se requiere la expedición de resolución autoritativa del titular de la Entidad respectiva. 4. Cuando en la transacción o conciliación el Estado asuma la obligación de dar suma de dinero, esta será atendida con cargo al presupuesto institucional de cada entidad, de conformidad con la Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto. 5. Los Procuradores Públicos deberán informar al Consejo sobre los procesos concluidos conforme

establece el artículo 29 de la LOM, para lo cual el Consejo coordinará y colaborará para la elaboración de dicho Reglamento. El Procurador Público ejerce la representación y la defensa jurídica de los intereses del Estado peruano, conforme a la Ley y el presente Reglamento. Ejerce su cargo a tiempo completo y a dedicación exclusiva, con excepción del desempeño de la docencia, la cual se realizará fuera de las horas de trabajo.

En cuanto al cese, el art. 25 del Reglamento del D.Leg. N° 1068, aprobado por el D.S. N° 017-2008-JUS, establece que la designación de los Procuradores públicos Municipales culmina por renuncia, por término de designación a propuesta del Titular o disposición del Tribunal de Sanción.

Finalmente, el art. 19 del D.Leg. N° 1068, señala que las municipalidades podrán celebrar convenios de cooperación de asistencia de defensa jurídica, en cumplimiento a las disposiciones que dicte el Consejo de Defensa Jurídica del Estado sobre el particular.

a lo dispuesto por el presente artículo, indicando los montos pecuniarios. 6. Cuando el Estado actúa como demandado en procesos contencioso - administrativos, constitucionales y otros cuya naturaleza no sea pecuniaria, podrá conciliar o transigir, en los términos en los cuales han sido autorizados mediante las resoluciones expedidas por los Titulares de las entidades respectivas.

Artículo 39.- De la exoneración de gastos. El Estado, en ejercicio de la defensa jurídica, está exonerado del pago de gastos judiciales”.

SUBCAPÍTULO III

LA FISCALIZACIÓN Y EL CONTROL

ARTÍCULO 30.- ÓRGANOS DE AUDITORÍA INTERNA

El órgano de auditoría interna de los gobiernos locales está bajo la jefatura de un funcionario que depende funcional y administrativamente de la Contraloría General de la República, y designado previo concurso público de méritos y cesado por la Contraloría General de la República. Su ámbito de control abarca a todos los órganos del gobierno local y a todos los actos y operaciones, conforme a ley.

El jefe del órgano de auditoría interna emite informes anuales al concejo municipal acerca del ejercicio de sus funciones y del estado del control del uso de los recursos municipales. Las observaciones, conclusiones y recomendaciones de cada acción de control se publican en el portal electrónico del gobierno local. En el cumplimiento de dichas funciones, el jefe del órgano de auditoría interna deberá garantizar el debido cumplimiento de las normas y disposiciones que rigen el control gubernamental, establecida por la Contraloría General como Órgano Rector del Sistema Nacional de Control.

La Contraloría General de la República, cuando lo estime pertinente, podrá disponer que el órgano de control provincial o distrital apoye y/o ejecute acciones de control en otras municipalidades provinciales o distritales, de acuerdo con las normas que para tal efecto establezca.

La auditoría a los estados financieros y presupuestarios de la entidad, será efectuada anualmente, de acuerdo a lo establecido por la Contraloría General de la República.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27783 Art. 21

Ley N° 27785 Arts. 3:b), 16, 17, 18, 22



COMENTARIO

El órgano de auditoría interna es parte de la estructura orgánica básica de la municipalidad, de conformidad con el art. 28 de la LOM.

La Ley N° 27783 - Ley de Bases de la Descentralización, señala que: “21.1. Los gobiernos regionales y locales son fiscalizados por el consejo regional y el Concejo Municipal respectivamente, conforme a sus atribuciones propias. 21.2. Son fiscalizados también por los ciudadanos de su jurisdicción, conforme a Ley. 21.3. **Están sujetos al control y supervisión permanente de la Contraloría General de la República en el**

marco del Sistema Nacional de Control. El auditor interno o funcionario equivalente de los gobiernos regionales y locales, para los fines de control concurrente y posterior, dependen funcional y orgánicamente de la Contraloría General de la República. 21.4. La Contraloría General de la República se organiza con una estructura descentralizada para cumplir su función de control, y establece criterios mínimos y comunes para la gestión y control de los gobiernos regionales y locales, acorde a la realidad y tipologías de cada una de dichas instancias”.

A diferencia de los procuradores públicos, que son funcionarios designados por el alcalde, el jefe del órgano de auditoría interna es designado por la Contraloría General de la República (previo concurso público); asimismo, puede ser cesado, depende funcional y administrativamente de dicho órgano de control.

Las principales características del órgano de auditoría interna municipal son:

- a) Su ámbito de control abarca a todos los órganos del gobierno local (incluidos el alcalde y el Concejo Municipal).
- b) Controla todos los actos y operaciones de los gobiernos locales, conforme a ley.
- c) Emite informe anual al Concejo Municipal sobre sus funciones y del estado de los recursos municipales.
- d) Las observaciones, conclusiones y recomendaciones de cada acción de control se publican obligatoriamente en el portal electrónico de la entidad municipal.
- e) Sus labores se sujetan a las normas de control gubernamental establecidas por la Contraloría General de la República.
- f) El órgano de control puede ser designado para que apoye y/o ejecute acciones de control en otras municipalidades, por mandato de la Contraloría General de la República.
- g) La auditoría a los estados financieros y presupuestarios de la entidad será efectuada anualmente, de acuerdo a lo establecido por la Contraloría General de la República.

Este artículo es concordante con el inc. 22 del art. 20 de la LOM, que establece que es atribución del alcalde “implementar, bajo responsabilidad, las recomendaciones contenidas en los informes de auditoría interna”.

Para la aplicación de ese artículo debe tenerse en cuenta la Ley N° 27785 - Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, que en materia de control y auditoría interna establece lo siguiente:

“Artículo 3.- Ámbito de aplicación

Las normas contenidas en la presente Ley y aquellas que emita la Contraloría General son aplicables a todas las entidades sujetas a control por el Sistema, independientemente del régimen legal o fuente de financiamiento bajo el cual operen.

Dichas entidades sujetas a control por el Sistema, que en adelante se designan con el nombre genérico de entidades, son las siguientes:

- b) Los Gobiernos regionales y **locales** e instituciones y empresas pertenecientes a los mismos, por los recursos y bienes materia de su participación accionaria.

Artículo 11.- Responsabilidades y sanciones derivadas del proceso de control

Las acciones de control que efectúen los órganos del Sistema no serán concluidas sin que se otorgue al personal responsable comprendido en ellas, la oportunidad de conocer y hacer sus comentarios y aclaraciones sobre los hallazgos en que estuvieran incurso, salvo en los casos justificados señalados en las normas reglamentarias.

Cuando en el informe respectivo se identifiquen responsabilidades, sean estas de naturaleza administrativa funcional, civil o penal, las autoridades institucionales y aquellas competentes de acuerdo a ley, adoptarán inmediatamente las acciones para el deslinde de la responsabilidad administrativa funcional y aplicación de la respectiva sanción, e iniciarán, ante el fuero respectivo, aquellas de orden legal que consecuentemente correspondan a la responsabilidad señalada.

Las sanciones se imponen por el Titular de la entidad y, respecto de este en su caso, por el organismo o sector jerárquico superior o el llamado por ley.

Artículo 17.- Órgano de Auditoría Interna

Las entidades comprendidas en los incisos a), b), c) y d) del artículo 3 de la presente Ley, así como las empresas en las que el Estado tenga una participación accionaria total o mayoritaria, **tendrán necesariamente un Órgano de Auditoría Interna ubicado en el mayor nivel jerárquico de la estructura de la entidad**, el cual constituye la unidad especializada responsable de llevar a cabo el control gubernamental en la entidad.

El Titular de la entidad tiene la obligación de cautelar la adecuada implementación del Órgano de Auditoría Interna y la asignación de recursos suficientes para la normal ejecución de sus actividades de control.

El citado Órgano mantiene una relación funcional con la Contraloría General, efectuando su labor, de conformidad con los lineamientos y políticas que para tal efecto establezca el Organismo Superior de Control.

Artículo 18.- Vinculación del Jefe del Órgano de Auditoría Interna con la Contraloría General

El Jefe del Órgano de Auditoría Interna mantiene una vinculación de dependencia funcional y administrativa con la Contraloría General, en su condición de ente técnico rector del Sistema, **sujetándose a sus lineamientos y disposiciones**. En el desempeño de sus labores, actúa con independencia técnica dentro del ámbito de su competencia.

Artículo 19.- Designación y separación del Jefe del Órgano de Auditoría Interna

La designación y separación definitiva de los Jefes de los Órganos de Auditoría Interna, se efectúa por la Contraloría General de acuerdo a los requisitos, procedimientos, incompatibilidades y excepciones que establecerá para el efecto.

Las entidades sujetas a control proporcionarán personal, recursos y los medios necesarios para el ejercicio de la función de control en dichas entidades, de acuerdo con las disposiciones que sobre el particular dicte la Contraloría General.

Artículo 21.- Ejercicio funcional

Los órganos del Sistema ejercen su función de control gubernamental con arreglo a lo establecido en la presente Ley y las disposiciones que emite la Contraloría General para normar sus actividades, obligaciones y responsabilidades, siendo su cumplimiento objeto de supervisión permanente por el ente técnico rector del Sistema.

En el caso que una Municipalidad no cuente con órgano de control y se requiere de manera urgente efectuar acciones de control, el procedimiento adecuado es el dirigir una solicitud a la Contraloría, para que esta –de acuerdo a sus normas y facultades– disponga que el órgano de control provincial o de otra municipalidad distrital ejecute las acciones de control requeridas, de conformidad con el penúltimo párrafo del presente artículo.

Entre las funciones específicas que se pueden designar al órgano de auditoría interna, establecemos las siguientes:

- a) Formular, proponer, ejecutar y evaluar el Plan Anual de Auditoría Interna, en la forma, el modo y los plazos previstos en las normas de la materia.
- b) Programar, dirigir, coordinar, ejecutar y evaluar las acciones de control en los campos financieros y administrativos
- c) Supervisar y colaborar con las comisiones de la Contraloría General de la República o sociedades de auditoría externa en las acciones de control que realicen en la municipalidad
- d) Atender quejas y denuncias que presenten el Concejo Municipal, el Alcalde, los funcionarios, servidores públicos y ciudadanos, sobre las actividades y operaciones que se desarrollan en su municipalidad y, previa coordinación con la Contraloría General de la República, disponer la acción de control pertinente.
- e) Ejercer el control posterior en todas las tareas y trabajos que ejecutan las unidades orgánicas de la municipalidad.
- f) Informar anualmente al Concejo Municipal acerca del ejercicio de sus funciones y del estado del control del uso de los recursos municipales.
- g) Auditar anualmente los estados financieros y presupuestarios de la municipalidad.
- h) Realizar el seguimiento y verificación de las medidas correctivas adoptadas para implementar y superar las observaciones y recomendaciones contenidas en los informes de Auditoría Interna.
- i) Divulgar, promover y garantizar el cumplimiento de las normas y disposiciones que rigen el control gubernamental.

- j) Efectuar la supervisión, vigilancia y verificación de la correcta gestión y utilización de los recursos y bienes de la Municipalidad.
- k) Disponer el desarrollo de actividades de control no programadas previa coordinación con la Contraloría General de la República.
- l) Disponer la publicación de las observaciones, conclusiones y recomendaciones de los informes de auditoría, en el portal electrónico de la Municipalidad.
- ll) Brindar apoyo técnico al Procurador Público Municipal o al representante legal de la Municipalidad, en los casos en que deban iniciarse acciones judiciales derivadas de una acción de control.
- m) Actuar de oficio, cuando en los actos y operaciones de la entidad, se adviertan indicios razonables de ilegalidad, de omisión o de incumplimiento, informando al Titular de la entidad para que adopte las medidas correctivas pertinentes”.

ARTÍCULO 31.- FISCALIZACIÓN

La prestación de los servicios públicos locales es fiscalizada por el concejo municipal conforme a sus atribuciones y por los vecinos conforme a la presente ley.

CONCORDANCIAS:

Const. Art. 199
Ley N° 27972 Arts. 9:33), 10:4), 74
Ley N° 27783 Art. 21



COMENTARIO

Este artículo dispone la fiscalización de los servicios públicos por parte del Concejo Municipal y por los vecinos.

Los servicios públicos a los que se refiere el presente artículo, son los señalados en el numeral 2 del art. 73 de la LOM:

- Saneamiento ambiental, salubridad y salud (cuyas funciones específicas se establecen en el art. 80 de la LOM).
- Tránsito, circulación y transporte público (cuyas funciones específicas se establecen en el art. 81 de la LOM).
- Educación, cultura, deporte y recreación (cuyas funciones específicas se establecen en el art. 82 de la LOM).
- Programas sociales, defensa y promoción de derechos ciudadanos (cuyas funciones específicas, se establecen en el art. 84 de la LOM).
- Seguridad ciudadana (cuyas funciones específicas, se establecen en el art. 85 de la LOM).

- Abastecimiento y comercialización de productos y servicios (cuyas funciones específicas se establecen en el art. 83 de la LOM).
- Registros civiles, en mérito a convenio suscrito con el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, conforme a la Ley. (Ley N° 26497 - Ley Orgánica de Reniec: art. 8 y 3° DC).
- Promoción del desarrollo económico local para la generación de empleo (cuyas funciones específicas, se establecen en el art. 86 de la LOM).
- Establecimiento, conservación y administración de parques zonales, parques zoológicos, jardines botánicos, bosques naturales, directamente o a través de concesiones (cuyas funciones específicas, se establecen en el art. 79 de la LOM).
- Otros servicios públicos no reservados a entidades de carácter regional o nacional (disposición similar en el art. 87 de la LOM).

El Concejo Municipal como órgano de gobierno, de conformidad con el art. 194 de la Constitución Política y el art. 4 de la LOM, ejerce funciones normativas y fiscalizadoras. En materia de fiscalización, otras disposiciones de la LOM, son: atribución del Concejo para autorizar y atender los pedidos de información de los regidores para efectos de fiscalización (art. 9, inc. 22), obligación de los regidores de desempeñar funciones de fiscalización de la gestión municipal (art. 10, inc. 4), las municipalidades ejercen, de manera exclusiva o compartida, una función promotora, normativa y reguladora, así como las de ejecución y de fiscalización y control, en las materias de su competencia, conforme a la presente ley y la Ley de Bases de la Descentralización (art. 74).

En cuanto a los vecinos, el art. 73 de la LOM señala que es competencia de los gobiernos locales, en materia de participación vecinal, establecer instrumentos y procedimientos de fiscalización.

SUBCAPÍTULO IV LA GESTIÓN MUNICIPAL

ARTÍCULO 32.- MODALIDADES PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS

Los servicios públicos locales pueden ser de gestión directa y de gestión indirecta, siempre que sea permitido por ley y que se asegure el interés de los vecinos, la eficiencia y eficacia del servicio y el adecuado control municipal.

En toda medida destinada a la prestación de servicios deberá asegurarse el equilibrio presupuestario de la municipalidad.

CONCORDANCIAS:

Const. Art. 195
Ley N° 27209 Art. 21
Ley N° 29029 Art. 1



COMENTARIO

El art. 195 de la Constitución Política señala que los gobiernos locales promueven el desarrollo y la economía local, y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo.

Los servicios públicos son los señalados en el numeral 2 del art. 73 de la LOM:

- Saneamiento ambiental, salubridad y salud (cuyas funciones específicas se establecen en el art. 80 de la LOM).
- Tránsito, circulación y transporte público (cuyas funciones específicas se establecen en el art. 81 de la LOM).
- Educación, cultura, deporte y recreación (cuyas funciones específicas se establecen en el art. 82 de la LOM).
- Programas sociales, defensa y promoción de derechos ciudadanos (cuyas funciones específicas se establecen en el art. 84 de la LOM).
- Seguridad ciudadana (cuyas funciones específicas se establecen en el art. 85 de la LOM).

- Abastecimiento y comercialización de productos y servicios (cuyas funciones específicas, se establecen en el art. 83 de la LOM).
- Registros civiles, en mérito a convenio suscrito con el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, conforme a la Ley (Ley N° 26497 - Ley Orgánica de Reniec: art. 8 y 3ª DC).
- Promoción del desarrollo económico local para la generación de empleo (cuyas funciones específicas, se establecen en el art. 86 de la LOM).
- Establecimiento, conservación y administración de parques zonales, parques zoológicos, jardines botánicos, bosques naturales, directamente o a través de concesiones (cuyas funciones específicas, se establecen en el art. 79 de la LOM).
- Otros servicios públicos no reservados a entidades de carácter regional o nacional (disposición similar en el art. 87 de la LOM).

También precisa los elementos que deben orientar a las municipalidades al prestar un servicio bajo cualquier de las modalidades precisadas. Estos elementos, son:

- a) La modalidad de prestación debe estar permitido por Ley. Esto quiere decir que las municipalidades no pueden, basado en su propia autonomía, determinar una modalidad de prestación fuera de lo legalmente autorizado.
- b) Debe asegurar el interés de los vecinos. Es decir, existe primacía del interés público por sobre los particulares o institucionales.
- c) Eficiencia y eficacia del servicio⁽⁵²⁾.

(52) A veces se suele confundir la eficiencia con eficacia, y se les da el mismo significado; y la realidad es que existe una gran diferencia entre ser eficiente y ser eficaz.

Podemos definir la eficiencia como la relación entre los recursos utilizados en un proyecto y los logros conseguidos con el mismo. Se entiende que la eficiencia se da cuando se utilizan menos recursos para lograr un mismo objetivo. O al contrario, cuando se logran más objetivos con los mismos o menos recursos. Por ejemplo: se es eficiente cuando en 12 horas de trabajo se hacen 100 unidades de un determinado producto. Ahora, se mejora la eficiencia si esas 100 unidades se hacen en solo 10 horas. O se aumenta la eficiencia si en 10 horas se hacen 120 unidades. Aquí vemos que se hace un uso eficiente de un recurso (tiempo), y se logra un objetivo (hacer 100 o 120 productos).

Respecto a la eficacia, podemos definirla como el nivel de consecución de metas y objetivos. La eficacia hace referencia a nuestra capacidad para lograr lo que nos proponemos. Ejemplo: se es eficaz si nos hemos propuesto construir un edificio en un mes y lo logramos. Fuimos eficaces, alcanzamos la meta.

La eficacia difiere de la eficiencia en el sentido de que la eficiencia hace referencia en la mejor utilización de los recursos, en tanto que la eficacia hace referencia en la capacidad para alcanzar un objetivo, aunque en el proceso no se haya hecho el mejor uso de los recursos.

Podemos ser eficientes sin ser eficaces y podemos ser eficaces sin ser eficientes. Lo ideal sería ser eficaces y a la vez ser eficientes.

Se puede dar el caso que se alcanzó la meta de construir una autopista en un semana tal como se había previsto (fuimos eficaces), pero para poder construir la autopista, se utilizaron más recursos de lo normal (no fuimos eficientes).

Caso contrario, se utilizaron un 10 % menos de los recursos previstos para construir la autopista pero no se logró terminar en una semana (fuimos eficientes pero no eficaces).

- d) Adecuado control municipal. Es decir, un control que tenga en cuenta las características, condiciones del servicio, las circunstancias y las normas técnicas que la regulan; y a la vez, que se cumpla con un servicio de calidad en interés de los vecinos.
- e) Asegurar el equilibrio presupuestario de la entidad.

Modalidades de la prestación de los servicios

El presente artículo determina las modalidades de prestación de los servicios públicos locales, señala que estas pueden ser de gestión directa y gestión indirecta.

Las características que reviste la gestión directa del servicio público son:

1. El capital del servicio es aportado por la municipalidad.
2. Corresponde a la municipalidad la designación del personal encargado del servicio.
3. La dirección pertenece siempre a las autoridades municipales.
4. La entidad local asume los riesgos⁽⁵³⁾.

En virtud del principio de cooperación (art. VII de la LOM) y de coordinación, cooperación y asociación entre municipalidades (art. 124 de la LOM), instituidos jurídicamente bajo la figura de la mancomunidad municipal regulado por la Ley N° 29029, publicado el 29 de mayo de 2007, la prestación del servicio puede realizarse mediante acción conjunta entre dos o más municipalidades.

Las relaciones de coordinación, cooperación y apoyo mutuo entre una o más municipalidades con otros niveles de gobierno, de conformidad con lo preceptuado por el art. 49 de la Ley de Bases de la Descentralización: “49.1. El gobierno nacional y los gobiernos regionales y locales mantienen relaciones de coordinación, cooperación y apoyo mutuo, en forma permanente y continua, dentro del ejercicio de su autonomía y competencias propias, articulando el interés nacional con los de las regiones y localidades. 49.2. El gobierno regional no puede interferir en la acción y competencias de las municipalidades de su jurisdicción. Puede celebrar y suscribir en forma indistinta, convenios de colaboración mutua y recíproca, y contratos de cualesquier naturaleza para fines comunes determinados, con arreglo a Ley. 49.3. Los gobiernos regionales y locales proporcionan la información requerida para mantener actualizados los distintos sistemas administrativos y financieros organizados a nivel nacional”.

En el caso de la gestión indirecta, surge la figura de los contratos administrativos, aunque la LOM habla de dos modalidades, la concesión y la contratación, existen otras formas de intervención privada, a que haremos referencia más adelante. Jesús Morant Vidal, explica que:

“La Administración, como cualquier particular, necesita contratar con terceros determinados servicios para atender a sus necesidades de funcionamiento.

Lo ideal sería construir la autopista en una semana y utilizar no más del 100% de los recursos previstos. En este caso seríamos tanto eficaces como eficientes. <<http://www.gerencie.com/diferencias-entre-eficiencia-y-eficacia.html>>.

(53) ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Derecho Municipal*. Eddili, Lima, 1985, p. 113.

Tal y como hemos visto anteriormente, cuando el creciente intervencionismo de la Administración provoca el incremento del número de necesidades a satisfacer y, con ello, la utilización generalizada de contratos con particulares para hacer frente a las mismas, surge la necesidad de modificar el contenido de los derechos y obligaciones de los contratos privados, para adaptarlos a las peculiaridades de su uso por la Administración.

Nace así la figura de los contratos administrativos, diferenciados de los contratos civiles en función del sujeto, del objeto y de la causa del contrato, con una regulación jurídica específica, determinada fundamentalmente por una doble exigencia:

- Las peculiaridades de los procedimientos de actuación de la Administración, derivadas, entre otros motivos, de la necesidad de controlar el gasto público, así como garantizar la igualdad de oportunidades entre los ciudadanos.
- Las peculiaridades derivadas de la salvaguarda del interés público a la hora de garantizar el buen fin del objeto contractual, y las que, a tal efecto, se derivan de la posición dominante de la Administración.

Teniendo estos criterios como referencia, interesa resaltar que cuando la Administración necesita contratar con un tercero lo hará mediante un contrato administrativo o mediante un contrato privado, dependiendo de la voluntad del legislador la determinación de las modalidades de contratos que, en un momento social determinado, adquieran la condición de administrativos, en función de la propia evolución histórica de la actividad administrativa pública⁽⁵⁴⁾.

ARTÍCULO 33.- OTORGAMIENTO DE CONCESIÓN

Los gobiernos locales pueden otorgar concesiones a personas jurídicas, nacionales o extranjeras para la ejecución y explotación de obras de infraestructura o de servicios públicos locales, conforme a ley.

La concesión puede autorizar el reembolso de la inversión mediante los rendimientos de la obra o el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales generados, según sea el caso.

Las decisiones de concesión de nuevos proyectos, obras y servicios públicos existentes o por crear, son adoptadas por acuerdo municipal en sesión de concejo y se definen por mayoría simple. Las municipalidades pueden celebrar convenios de asesoría y de apoyo para el financiamiento con las instituciones nacionales de promoción de la inversión, conforme a ley.

CONCORDANCIAS:

Const. Art. 73
Ley N° 27972 Arts. 9: 18), 17
Ley N° 25844 Arts. 2, 3

(54) MORANT VIDAL, Jesús. *Los contratos administrativos (I). Introducción y Comentarios Generales sobre Contratación Administrativa*. Disponible en: <http://www.piguonline.com/portal/pdfs/gestion-RRHH/los_contratos_administrativos.pdf>.

 **COMENTARIO**

La Constitución de 1993 estableció mecanismos de impulso de la inversión privada, posibilitando la participación de las empresas nacionales o extranjeras en la ejecución de obras públicas⁽⁵⁵⁾. Uno de estos mecanismos es la concesión.

La base legal lo constituye el D.S. N° 059-96-PCM - Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al Sector Privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, y su Reglamento, aprobado por D.S. N° 060-96-PCM, normas que promueven la inversión privada en obras de infraestructura y/o de servicios públicos, y regulan su explotación, para cuyo efecto se podrá otorgar concesiones a personas jurídicas, nacionales o extranjeras, para la construcción, reparación, conservación y explotación de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos. La concesión de la obra implica la explotación del servicio.

La concesión es el acto administrativo por el cual el Estado otorga a personas jurídicas nacionales o extranjeras la ejecución y explotación de determinadas obras públicas de infraestructura o la prestación de determinados servicios públicos, aprobados previamente por la Promcepri⁽⁵⁶⁾, por un plazo establecido. Entiéndase por ejecución de la obra su construcción, reparación y/o ampliación. La explotación de la obra o la prestación del servicio comprende: a) la prestación del servicio básico y los servicios complementarios para los que fue entregada la concesión, de acuerdo a las condiciones de calidad establecidas en el contrato; b) el mantenimiento de la obra; y, c) el pago de tarifas, precios, peajes u otros pagos pactados en el contrato de concesión que realizarán los usuarios como retribución por los servicios básicos y complementarios recibidos. La concesión sobre bienes públicos no otorga un derecho real sobre los mismos. Sin embargo, en estos casos, el contrato de concesión constituirá título

(55) **Constitución de 1993**

“Artículo 58.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

Artículo 62.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.

Artículo 63.- La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de este, adoptar medidas análogas. En todo contrato del Estado y de las personas de Derecho Público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de estos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero. El Estado y las demás personas de Derecho Público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley”.

(56) Comisión de Promoción de Concesiones Privadas, creada por D. Leg. N° 839, publicado el 20 de agosto de 1996.

suficiente para que el concesionario haga valer los derechos que dicho contrato le otorga frente a terceros, en especial el de cobrar las tarifas, precios, peajes u otros sistemas de recuperación de las inversiones. En estos supuestos, el concesionario podrá explotar el o los bienes objeto de la concesión por cuenta propia o por medio de terceros, quedando siempre como único responsable frente al Estado. Las concesiones se otorgarán por el plazo de vigencia que se indique en el contrato de concesión, el que en ningún caso excederá de sesenta (60) años. La vigencia se contará a partir de la fecha de celebración del contrato respectivo.

La concesión podrá otorgarse bajo cualquiera de las siguientes modalidades: a) a título oneroso, imponiendo al concesionario una contribución determinada en dinero o una participación sobre sus beneficios a favor del Estado; b) a título gratuito; c) cofinanciada por el Estado, con una entrega inicial durante la etapa de construcción o con entregas en la etapa de la explotación, reintegrables o no; o, d) mixta, cuando concurren más de una de las modalidades antes señaladas. Para determinar la modalidad de la concesión, deberá considerarse la necesidad de la obra y del servicio, su rentabilidad, la amortización de sus costos, y de los gastos de conservación y de explotación. Cuando se opten las modalidades de concesión a título gratuito, cofinanciada o mixta y los ingresos resulten superiores a los previstos, podrán precisarse las obligaciones de reinversión del concesionario o de participación del Estado.

A efectos del otorgamiento de concesiones, el comité especial respectivo, convocará a licitación pública especial o a concurso de proyectos integrales, nacionales o internacionales, según el caso; siguiendo el procedimiento establecido en el art. 23 y siguiente del D.S. N° 059-96-PCM (TUO) y su Reglamento, D.S. N° 060-96-PCM.

Todos los aspectos relacionados a la fiscalización del cumplimiento de las obligaciones que conllevan los contratos de concesión, serán determinados por la Promcepri.

Otra norma aplicable es la Ley N° 28059 - Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada, y su reglamento aprobado por D.S. N° 015-2004-PCM, dispositivos que establecen el marco normativo para que el Estado, en sus tres niveles de gobierno, promueva la inversión de manera descentralizada como herramienta para lograr el desarrollo integral, armónico y sostenible de cada región, en alianza estratégica entre los gobiernos regionales, locales, la inversión privada y la sociedad civil.

Este dispositivo, en relación con las municipalidades, establece que en concordancia con la LOM, los gobiernos locales desarrollan las siguientes funciones para la promoción de la inversión privada:

- 1) Definir, aprobar y ejecutar en su plan de desarrollo concertado las prioridades, vocaciones productivas y lineamientos estratégicos para la potenciación y mejor desempeño de la economía local.
- 2) Ejercer la gestión estratégica de la competitividad y la productividad conforme a los principios de gestión local señalados por ley.
- 3) Supervisar en su ámbito el cumplimiento de las políticas y estrategias de promoción de la inversión privada.
- 4) Concertar con el Sector Privado la orientación de la inversión pública necesaria para la promoción de la inversión privada.

- 5) Promover la formalización e innovación de las micro, pequeñas y medianas empresas, así como el desarrollo empresarial de las comunidades campesinas y nativas.
- 6) Promover la aplicación de la simplicidad, celeridad y transparencia en todo procedimiento administrativo necesario para promover la inversión privada y el establecimiento de nuevas empresas en su jurisdicción.
- 7) Promover la búsqueda de mercados internos y/o externos estables para proyectos de inversión local.
- 8) Identificación de las trabas y distorsiones legales que afecten los procesos de promoción de la inversión privada, proponiendo soluciones para superarlas. Precisa que la inversión privada en proyectos públicos se formaliza a través de contratos de participación de la inversión privada, tales como: a) venta de activos; b) concesión; c) asociación en participación; d) contrato de gerencia; e) *joint venture*; f) especialización de servicios (*outsourcing*); g) otras permitidas por ley. No existen límites al contenido de estos contratos, salvo los que establece la Constitución y la ley. Los gobiernos regionales y los gobiernos locales están facultados para evaluar y declarar la viabilidad de los proyectos de inversión pública de alcance regional y local, respectivamente, con base en las normas establecidas del Sistema Nacional de Inversión Pública.

En el caso de Lima, debe tenerse en cuenta, además, la Ordenanza N° 867-2005-MML que aprueba el Reglamento para la Inversión Privada en Lima Metropolitana, que establece el marco normativo para que la Municipalidad Metropolitana de Lima y las municipalidades distritales de su jurisdicción promuevan la inversión privada como herramienta para lograr el desarrollo integral, armónico y sostenible de la provincia de Lima, en alianza estratégica entre los gobiernos regionales, locales, la inversión privada y la sociedad civil. Señala dicha norma que la inversión privada en proyectos municipales se formaliza a través de Contratos de Participación de la Inversión Privada, tales como: a) venta de activos; b) concesión; c) asociación en participación; d) contrato de gerencia; e) *joint venture*; f) especialización de servicios (*outsourcing*); g) otras modalidades contractuales permitidas por ley. No existen límites al contenido de estos contratos, salvo los que establece la Constitución y la ley. Los contratos de participación de la inversión privada se adjudicarán mediante concurso público, licitación pública u otros mecanismos de oferta pública, de manera tal que se promueva la competencia y se garantice la transparencia en estos procedimientos. Dichos contratos podrán ser adjudicados a título gratuito, oneroso, cofinanciado o mixto.

ARTÍCULO 34.- CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES LOCALES

Las contrataciones y adquisiciones que realizan los gobiernos locales se sujetan a la ley de la materia, debiendo hacerlo en acto público y preferentemente con las empresas calificadas constituidas en su jurisdicción, y a falta de ellas con empresas de otras jurisdicciones.

Los procesos de contratación y adquisición se rigen por los principios de moralidad, libre competencia, imparcialidad, eficiencia, transparencia, economía, vigencia tecnológica y

trato justo e igualitario; tienen como finalidad garantizar que los gobiernos locales obtengan bienes, servicios y obras de la calidad requerida, en forma oportuna y a precios o costos adecuados.

CONCORDANCIAS:

Const.	Art. 76
D.Leg N° 1017	Art. 1
D.S. N° 184-2008-EF	Art. 1



COMENTARIO

La base de esta norma es el art. 76 de la Constitución, que dispone: “Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes. La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades”.

Las contrataciones ser rigen por el D. Leg. N° 1017 - Ley de Contrataciones del Estado, y su Reglamento aprobado por D.S. N° 184-2008-EF, además de las disposiciones propias del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), que se aplican para la contrataciones cuyos montos sean superiores a tres (3) UIT, vigente al momento de la transacción.

En cuanto a lo indicado en el primer párrafo, que todos los procesos de contrataciones y adquisiciones serán en acto público y preferentemente con las empresas de la jurisdicción, deben ser interpretados en el marco de la normativa de contrataciones, primando las reglas dispuestas en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, por ser una ley especial.

ARTÍCULO 35.- ACTIVIDAD EMPRESARIAL MUNICIPAL

Las empresas municipales son creadas por ley, a iniciativa de los gobiernos locales con acuerdo del concejo municipal con el voto favorable de más de la mitad del número legal de regidores. Dichas empresas adoptan cualquiera de las modalidades previstas por la legislación que regula la actividad empresarial y su objeto es la prestación de servicios públicos municipales.

En esta materia, las municipalidades pueden celebrar convenios de asesoría y financiamiento con las instituciones nacionales de promoción de la inversión.

Los criterios de dicha actividad empresarial tendrán en cuenta el principio de subsidiariedad del Estado y estimularán la inversión privada creando un entorno favorable para esta. En ningún caso podrán constituir competencia desleal para el Sector Privado ni proveer de bienes y servicios al propio municipio en una relación comercial directa y exclusiva. El control de las empresas municipales se rige por las normas de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

CONCORDANCIAS:

Const. Arts. 59, 60
Ley N° 27972 Arts. 20:24), 56:3), 157:13)26)
Ley N° 27785 Arts. 3:b), 16, 17

 **COMENTARIO**

La base constitucional de este artículo son los siguientes artículos de la Constitución: art. 59, que dispone: “El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades”; y el art. 60:

“El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal”.

La anterior LOM (Ley N° 23853) establecía como facultad de los concejos municipales, aprobar la creación de empresas municipales. La vigente LOM establece en el inc. 24 del art. 20 que es atribución del alcalde proponer la creación de empresas municipales y sugerir la participación accionaria, concordante con el art. 35 de la LOM que señala que las empresas municipales son creadas por ley, a iniciativa de los gobiernos locales, con acuerdo del concejo municipal, con el voto favorable de más de la mitad del número legal de regidores. Es decir, a partir de la actual LOM las empresas municipales solo se crean por Ley.

- 1) El objeto⁽⁵⁷⁾ de las empresas municipales es la prestación de servicios públicos municipales. Son servicios públicos municipales, a tenor del numeral 2 del art. 73 de la LOM, los siguientes: a) saneamiento ambiental, salubridad y salud (cuyas funciones específicas, se establecen en el art. 80 de la LOM); b) tránsito, circulación y transporte público (cuyas funciones específicas, se establecen en el art. 81 de la LOM); c) educación, cultura, deporte y recreación (cuyas funciones específicas, se establecen en el art. 82 de la LOM); d) programas sociales, defensa y promoción de derechos ciudadanos (cuyas funciones específicas, se establecen en el art. 84 de la LOM); e) seguridad ciudadana (cuyas funciones específicas, se establecen en el art. 85 de la LOM); f) abastecimiento y comercialización de productos y servicios (cuyas funciones específicas, se establecen en el art. 83 de la LOM); g) registros civiles, en mérito a convenio suscrito con el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, conforme a la ley (Ley N° 26497 - Ley Orgánica de Reniec: art. 8 y 3ª DC); h) promoción del desarrollo

(57) El art. 11 de la Ley N° 26887 - Ley General de Sociedades, establece que: “La sociedad circunscribe sus actividades a aquellos negocios u operaciones lícitos cuya descripción detallada constituye su objeto social. Se entienden incluidos en el objeto social los actos relacionados con el mismo que coadyuvan a la realización de sus fines, aunque no estén expresamente indicados en el pacto social o en el estatuto. La sociedad no puede tener por objeto desarrollar actividades que la ley atribuye con carácter exclusivo a otras entidades o personas”.

económico local para la generación de empleo (cuyas funciones específicas, se establecen en el art. 86 de la LOM); i) establecimiento, conservación y administración de parques zonales, parques zoológicos, jardines botánicos, bosques naturales, directamente o a través de concesiones (cuyas funciones específicas, se establecen en el art. 79 de la LOM); j) otros servicios públicos no reservados a entidades de carácter regional o nacional (disposición similar en el art. 87 de la LOM).

- 2) Las municipalidades pueden celebrar convenios de asesoría y financiamiento con entidades nacionales relacionadas a la promoción de la inversión privada.
- 3) La actividad empresarial tendrá en cuenta el principio de subsidiariedad. Este principio se encuentra regulado en el art. 60 de la Constitución: “El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón del alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. La actividad empresarial pública o no pública recibe el mismo tratamiento legal”. Con respecto a esta disposición constitucional, Enrique Bernales comenta que:

“El criterio del constituyente respecto de la actividad empresarial del Estado fue que debía ser verdaderamente restringida, luego de un periodo previo en el que las empresas públicas crecieron en número y generaron déficit presupuestales inimaginables. Por ello se estableció ciertas reglas para la actividad empresarial pública:

- Solo puede ser autorizada por ley expresa. Conociendo el trámite parlamentario, es difícil que hayan empresas públicas, salvo que se cuente con la aprobación de una mayoría suficiente del congreso.
- La actividad que se realice con la empresa pública debe ser subsidiaria, esto es, que sirve de instrumento a los otros sectores en la misma actividad, o que sustituye la inactividad de otros sectores.
- Tiene que ser expresamente declarados el alto interés público y la manifiesta conveniencia nacional en la ley que autoriza la actividad. Estos conceptos son de apreciación política, no técnica, aunque indudablemente puede haber razones de peso que sustenten en ciertos casos la posibilidad de hacer la declaración. Por ejemplo, es razonable que la explotación de recursos radioactivos pueda ser declarada pública; y sería casi inverosímil que lo fuera la fabricación de zapatos, por poner dos ejemplos incontestables. La zona gris, sin embargo, será extensa y la Constitución, por su redacción, anuncia un criterio restrictivo antes que un laxo en esta materia⁽⁵⁸⁾.

- 4) Las empresas municipales no podrán constituir competencia desleal para el Sector Privado. Las prácticas de competencia desleal deben ser determinadas de acuerdo a lo dispuesto en el D.Leg. N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal, publicado el 26 de junio de 2008.

(58) BERNALES, Enrique. Ob. cit., p. 311.

- 5) Las empresas municipales no pueden contratar con la propia municipalidad a efectos de proveerle de bienes y servicios. Esta prohibición se inscribe dentro de las restricciones a las prácticas que atenten contra la libre competencia, en el marco de lo dispuesto por el D.Leg. N° 1034 - Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

Otras disposiciones aplicables a la actividad empresarial municipal: la prohibición de que los regidores ocupen cargos de miembros del directorio, gerente u otro, en las empresas municipales (art. 11 de la LOM); es atribución del alcalde supervisar la recaudación municipal, el buen funcionamiento y los resultados económicos y financieros de las empresas municipales (inc. 25 del art. 20 de la LOM); las acciones y participaciones de las empresas municipales, son bienes de la municipalidad (inc. 3 del art. 56 de la LOM); el íntegro de los recursos provenientes de la privatización de sus empresas municipales, constituyen rentas de la municipalidad a que corresponden (inc. 10 del art. 69 de la LOM).

Asimismo, debe tenerse en cuenta el D.Leg. N° 1031 - Ley que promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado, emitida con el objeto de promover la eficiencia de la actividad empresarial del Estado, principalmente en lo que se refiere a sus principios, naturaleza, organización, conducción, funciones, gestión, recursos y su vinculación con los sistemas administrativos del Estado, y su reglamento aprobado por D.S. N° 176-2010-EF.

Finalmente, en cuanto a la naturaleza de las empresas municipales, ya el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones ha señalado en las Resoluciones N°s 351 y 424-2009-JNE que las empresas municipales tienen un régimen distinto que las empresas del Estado en la medida en que su modo de creación, la regulación de su financiamiento y los servicios que pueden prestar son de naturaleza distinta, pero que de ninguna manera puede negarse que las empresas municipales sean parte de la organización del Estado (Resolución N° 011-2012-JNE).

ARTÍCULO 36.- DESARROLLO ECONÓMICO LOCAL

Los gobiernos locales promueven el desarrollo económico de su circunscripción territorial y la actividad empresarial local, con criterio de justicia social.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Art. VI
Ley N° 27783 Art. 6



COMENTARIO

Véanse nuestros comentarios al art. 86 de la LOM sobre competencias de los gobiernos locales en la promoción del desarrollo económico local.

SUBCAPÍTULO V

EL TRABAJADOR MUNICIPAL

ARTÍCULO 37.- RÉGIMEN LABORAL

Los funcionarios y empleados de las municipalidades se sujetan al régimen laboral general aplicable a la administración pública, conforme a ley.

Los obreros que prestan sus servicios a las municipalidades son servidores públicos sujetos al régimen laboral de la actividad privada, reconociéndoles los derechos y beneficios inherentes a dicho régimen.

CONCORDANCIAS:

Const.	Arts. 22 a 29
Ley N° 30057	Art. 1
D.Leg. N° 276	Art. 1
D.S. N° 05-90-PCM	Art. 1
D.S. N° 03-97-TR	Art. 1
D.Leg. N° 1057	Art. 1
D.S. N° 75-2008-PCM	Art. 1
Ley N° 28175	Art. 1



COMENTARIO

El presente artículo constituye la base normativa del sistema administrativo de gestión de los recursos humanos de las municipalidades, y delimita el régimen laboral aplicable para: a) funcionarios y empleados; y b) obreros. Posteriormente, se incorporó la modalidad del Contrato Administrativo de Servicios (CAS).

El régimen de la Administración Pública, a que están sujetos los funcionarios y empleados, es el regulado por el D.Leg. N° 276 - Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, y su Reglamento, aprobado por el D.S. N° 005-90-PCM; y, en caso de los obreros, se sujetan al régimen laboral de la actividad privada, es decir, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral - TUO del Decreto Legislativo N° 728. En el caso de los trabajadores bajo Contrato Administrativo de Servicios (CAS), se regulan por lo dispuesto en el D.Leg. N° 1057 y su reglamento - D.S. N° 075-2008-PCM, modificado por el Decreto Supremo N° 065-2011-PCM y la R.M. N° 417-2008-PCM que aprueba el modelo de contrato.

Ley del Servicio Civil

La Ley N° 30057- Ley del Servicio Civil, publicada el 4 de julio de 2013, precisa que tiene como objetivo establecer un régimen único y exclusivo para las personas que prestan servicios en las entidades públicas del Estado y busca alcanzar mayores niveles de eficacia, eficiencia y calidad en el servicio.

Sin embargo, dispone que la implementación de dicho régimen se realizará progresivamente, y concluye en un plazo máximo de seis (6) años, conforme a las reglas de gradualidad que establecen las normas reglamentarias, en el marco de la programación de las leyes anuales de presupuesto.

Los efectos inmediatos de la Ley del Servicio Civil, en la administración municipal, entre otras, son las siguientes:

- a) La coexistencia del régimen de la Ley del Servicio Civil el régimen de la Administración Pública, el régimen laboral privado (obrereros) y los contratos administrativos de servicios⁽⁵⁹⁾.
- b) Las disposiciones de los D. Legs. N°s 276 y 728 y sus normas complementarias, reglamentarias y de desarrollo, con excepción de lo dispuesto en el literal a) de la novena disposición complementaria final de la Ley del Servicio Civil⁽⁶⁰⁾, son de exclusiva aplicación a los servidores comprendidos en dichos regímenes, por tanto, mantienen su vigencia. En ningún caso constituyen fuente supletoria del régimen de la Ley del Servicio Civil.
- c) A partir del 5 de julio de 2013, son de aplicación inmediata para los servidores civiles en los regímenes de los Decretos Legislativos N°s 276 y 728, el art. III del Título Preliminar de la Ley del Servicio Civil (principios de la Ley del Servicio Civil), el Título II, referido a la organización del servicio civil; y el Cap. VI del Título III, referido a los derechos colectivos.
- d) Las normas sobre capacitación y la evaluación del desempeño y el Título V, referido al Régimen Disciplinario y Procedimiento Sancionador, se aplican una vez que entren en vigencia las normas reglamentarias de dichas materias, con excepción de lo previsto en los artículos 17 y 18 de esta Ley⁽⁶¹⁾, que se aplican

(59) En lo que respecta a la Ley Marco del Empleo Público, La Ley N° 30057 - Ley del Servicio Público, dispone lo siguiente: Única disposición derogatoria: **“Una vez que la presente Ley se implemente, el Decreto Legislativo N° 1025, que aprueba normas de capacitación y rendimiento para el Sector Público, y la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público, quedan derogados”.**

(60) Se refiere al art. III del Título Preliminar de la Ley del Servicio Civil (principios de la Ley del Servicio Civil), el Título II, referido a la organización del servicio civil; y el cap. VI del Título III, referido a los derechos colectivos.

(61) **Ley N° 30057.- Ley del Servicio Civil: “Artículo 17.-** El personal del servicio civil puede acceder a la formación laboral con cargo a los recursos de la entidad. Los recursos asignados para la formación laboral, en el caso de los funcionarios públicos y servidores civiles de confianza, no puede exceder, por año, del doble del total de la compensación económica actualizada. Las oficinas de recursos humanos o las que hagan sus veces gestionan dicha capacitación, conforme a la presente Ley y sus disposiciones reglamentarias y complementarias”.

“Artículo 18.- Solo los servidores civiles de carrera pueden ser sujeto de formación profesional. Excepcionalmente, los directivos públicos que no sean de confianza pueden acceder a maestrías, siempre que ellas provengan de un fondo sectorial, de un ente rector o de un fideicomiso del Estado

- una vez que se emita la resolución de inicio del proceso de implementación. Este dispositivo no afecta los programas de formación profesional y de formación laboral en curso.
- e) Queda prohibida la incorporación de personas bajo los regímenes de los Decretos Legislativos N°s 276 y 728, así como cualquier forma de progresión bajo dichos regímenes, salvo en los casos de funcionarios o cargos de confianza.
 - f) El régimen contemplado en el Decreto Legislativo N° 1057 (trabajadores CAS) es de aplicación hasta la culminación del proceso de implementación en cada entidad pública.
 - g) A partir de la resolución de “inicio del proceso de implementación”, toda incorporación de servidores que se efectúe se sujeta a las disposiciones del régimen del servicio civil.
 - h) La regulación contenida en los Decretos Legislativos N°s 276 y 728 no referidas a principios y gestión del servicio civil, ética, incompatibilidades, prohibiciones y responsabilidades, capacitación y evaluación, mantienen su vigencia únicamente para los servidores comprendidos en dichos regímenes, que opten por mantenerse en ellos hasta cuando culminen su vínculo con la entidad.
 - i) Los servidores bajo los regímenes de los Decretos Legislativos N°s 276, 728 y 1057 pueden trasladarse voluntariamente y previo concurso público de méritos al régimen de la Ley del Servicio Civil. Las normas reglamentarias establecen las condiciones con las que se realizan los concursos de régimen. La participación en los concursos para trasladarse al nuevo régimen no requiere de la renuncia previa a los regímenes antes indicados, según corresponda.
 - j) Los servidores bajo los regímenes de los Decretos Legislativos N°s 276, 728 y 1057 que ganen los concursos y opten voluntariamente por el traslado al régimen de la Ley del Servicio Civil, dejan de pertenecer a su régimen anterior con la respectiva liquidación de sus beneficios sociales, según corresponda, y no tienen derecho a ninguna de las condiciones y beneficios establecidos en su anterior régimen. Estos servidores no están sujetos al periodo de prueba previsto en la Ley del Servicio Civil.
 - k) Los servidores civiles que ingresan al régimen del servicio civil, deben aportar al Sistema Privado de Pensiones o al Sistema Nacional de Pensiones, según corresponda. Los servidores civiles que han alcanzado el derecho a percibir una pensión pero optan por seguir prestando servicios, deben tramitar la suspensión de la pensión correspondiente.
 - l) A fin de poder mejorar el funcionamiento de la entidad pública y únicamente adecuarla a la nueva organización y perfiles de puesto, las entidades públicas están autorizadas, desde el inicio de su proceso de implementación, a reubicar de puesto a quienes presten servicios en ella, incluso si pertenecen al régimen del Decreto Legislativo N° 276 o N° 728, o cualquier carrera o régimen especial

para becas y créditos. Aquellos servidores civiles que reciba formación profesional con cargo a recursos del Estado peruano tienen la obligación de devolver el costo de la misma en caso de que obtengan notas desaprobatorias o menores a las exigidas por la entidad pública antes del inicio de la capacitación”.

- ll) Los servidores bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 1057 (servidores CAS) pueden presentarse a los concursos para puestos que se convoquen bajo el nuevo régimen del servicio civil
- m) A partir de la entrada en vigencia de la Ley del Servicio Civil, los procesos administrativos disciplinarios en las entidades públicas se tramitan de conformidad con lo estipulado en la Ley del Servicio Civil y sus normas reglamentarias (las que se publicaran en un plazo de 180 días a partir del 4 de julio de 2013). El Código de Ética de la Función Pública, Ley N° 27815, se aplica en los supuestos no previstos en la Ley del Servicio Civil. Queda prohibida la aplicación simultánea del régimen disciplinario establecido en la Ley del Servicio Civil y la Ley del Código de Ética de la Función Pública o su reglamento, para una misma conducta infractora, en el mismo proceso administrativo disciplinario. El jefe de recursos humanos o quien haga sus veces, también tramita los procedimientos por infracciones al Código de Ética de la Función Pública.

Una de las grandes novedades es lo señalado en la Décima Disposición Complementaria Final de la Ley del Servicio Civil, que en un plazo de 180 días se emitirá el reglamento del régimen especial para gobiernos locales, aprobado mediante decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros, a propuesta; dispositivo que contribuirá sin duda, a una reglamentación más eficiente de las normas laborales aplicables a las municipalidades.

Por lo tanto, el personal de las municipalidades se regirá por la Ley del Servicio Civil y el reglamento especial para gobiernos locales, con excepción de las municipalidades que cuenten con hasta 20 personas laborando para la entidad bajo cualquier régimen o modalidad de contratación. En dicho caso, las municipalidades tienen un régimen especial adecuado a sus características y necesidades.

Precedentes establecidos por Servir

Plazo de prescripción de los derechos laborales

Un aspecto que sí debe tenerse en cuenta con respecto a la demanda de los derechos labores, que se aplicarán al margen de la nueva reglamentación, son los plazos de prescripción.

A diferencia de la Constitución Política de 1979, que en su art. 49 señalaba que la acción de cobro de las remuneraciones y beneficios sociales prescribe a los 15 años, la Constitución de 1993 no establece plazo de prescripción de los derechos laborales en la Administración Pública.

Esta situación generó la resolución dispar y en muchas casos contradictoria por parte de las entidades, respecto del plazo de prescripción de los derechos laborales de los trabajadores sujetos a la Ley de Bases de la Carrera Administrativa (D. Leg. N° 276) y su reglamento (D.S. N° 005-90-PCM).

Servir (la Autoridad Nacional del Servicio Civil) ha emitido la Resolución de Sala Plena N° 002-2012-SERVIR/TSC, de fecha 17 de diciembre de 2012, mediante la cual establece **precedentes de observancia obligatoria** respecto del plazo de prescripción. Dicho organismo se aparta de la común interpretación (doctrinaria y jurisprudencial) que rechaza la aplicación de plazos de prescripción al considerar que, dada la inexistencia de una norma constitucional que los fijara, resultaban contrarios al principio de

irrenunciabilidad de los derechos laborales, regulados por el numeral 2 del art. 26 de la Constitución de 1993. Dicho principio –aclara Servir– “invalida el abandono de los derechos laborales por acto unilateral del trabajador o por acto bilateral de este con el empleador, pero no impide que el transcurso del tiempo pueda extinguir la acción para ejercitarlos ante los órganos competentes”.

A partir de este enfoque, establece los siguientes plazos prescriptivos:

1. El plazo de prescripción de 3 años (art. 105 del Reglamento del D. L. N° 11377), rige para las acciones sobre derechos laborales relacionados con la remuneración y los beneficios sociales hasta el 27 de julio de 1980.
2. El plazo de prescripción de 3 años (art. 105 del Reglamento del D.L 11377), rige para las acciones sobre derechos laborales no relacionados con la remuneración y los beneficios sociales hasta el 13 de noviembre de 1984.
3. El plazo de prescripción de 15 años (Constitución 1979: art. 49), rige para las acciones sobre derechos laborales relacionados con la remuneración y los beneficios sociales entre el 28 de julio de 1980 y el 30 de diciembre de 1993.
4. El plazo de prescripción de 10 años (Código Civil: art. 2001: 1), rige para las acciones sobre derechos laborales relacionados con la remuneración y los beneficios sociales entre el 14 de noviembre de 1984 y el 23 de diciembre de 1998.
5. El plazo de prescripción de 2 años (Ley N° 27022), rige entre el 24 de diciembre de 1998 y el 22 de julio de 2000.
6. El plazo de prescripción de 4 años (Ley N° 27321) rige a partir del 23 de julio de 2000. Asimismo, téngase en cuenta que el plazo de 3 años se computa a partir del momento en el cual se originó el derecho; el plazo de 15 años, desde el día siguiente al día que se extingue la relación de trabajo; el plazo de 10 años, desde el día en que se originó el derecho o cesó el impedimento para su ejercicio; el plazo de 2 años, desde el día siguiente al día que se extingue la relación de trabajo; el plazo de 4 años, desde el día siguiente al día que se extingue la relación de trabajo.

Las normas que regulan el cómputo de los plazos de prescripción son de orden público y, en consecuencia, son imperativos; de allí que sea nulo cualquier pacto destinado a impedir los efectos de la prescripción. Por lo tanto, transcurridos los plazos señalados, se extingue el derecho de acción que tiene un trabajador para exigir en la vía jurisdiccional el cumplimiento de los derechos laborales.

Aplicación de la remuneración total para beneficios

Mediante Resolución de Sala Plena N° 001-2011-SERVIR/TSC, se ha establecido un precedente de observación obligatoria sobre aplicación de la remuneración total para el cálculo de subsidios, bonificaciones especiales y asignaciones por servicios al Estado; superando la controversia de cálculo sobre dos conceptos “remuneración total permanente” y “remuneración total”, en los que se señala que debe darse preferencia a las normas contenidas en el D. Leg. N° 276, su Reglamento (D.S. N° 005-90-PCM) y el Reglamento de la Ley N° 24029, por lo que no será aplicable la remuneración total permanente prevista en el art. 9 del D.S. N° 051-91-PCM para el cálculo de los siguientes beneficios:

- a) La asignación por cumplir 25 años de servicios al Estado, a la que hace referencia el art. 54 del D.Leg. N° 276.
- b) La asignación por cumplir 30 años de servicios al Estado, a la que hace referencia el art. 54 del D.Leg. N° 276.
- c) El subsidio por fallecimiento de familiar directo del servidor, al que hace referencia el art. 144 del Reglamento del D.Leg. N° 276.
- d) El subsidio por fallecimiento del servidor, al que hace referencia el art. 144 del Reglamento del D.Leg. N° 276.
- e) El subsidio por gastos de sepelio, al que hace referencia el art. 145 del Reglamento del D.Leg. N° 276.

Casos resueltos por el TC

A continuación vamos a reseñar algunos casos resueltos por el TC que establecen aspectos generales que toda entidad municipal debe tener en cuenta.

Precedentes vinculantes en el Derecho Laboral Público

En la STC Exp. N° 04267-2011-AA/TC, se estableció los casos por los cuales es posible recurrir al proceso de amparo, como excepción a la regla general de que las pretensiones relacionadas al régimen laboral público tienen que ser dilucidadas en el proceso contencioso-administrativo:

“3. Que en las reglas establecidas como precedente vinculante en la STC Exp. N° 0206-2005-PA/TC, este Tribunal ha precisado los criterios de procedencia del amparo laboral, es decir, ha señalado los supuestos en los cuales el proceso de amparo es la vía adecuada, idónea y satisfactoria para la tutela del derecho vulnerado o amenazado con ser vulnerado, y en cuáles no lo es.

En este sentido, se precisó que las pretensiones relacionadas con el régimen laboral público tenían que ser dilucidadas en el proceso contencioso-administrativo, salvo en los casos en que se alegara la violación o amenaza de violación de los derechos laborales colectivos o de que se ha sido objeto de un cese discriminatorio.

Entre las pretensiones que merecen tutela en el proceso contencioso-administrativo y que fueron enunciadas en el fundamento 23 del precedente vinculante mencionado, se encuentra la ‘reincorporación’ en el régimen laboral público. Como en el presente caso se cuestiona la supuesta arbitrariedad del cese de un servidor público, quien invoca la aplicación a su caso de la Ley N° 24041, la demanda tiene que ser resuelta en el proceso contencioso-administrativo.

4. Que si bien en el precedente vinculante mencionado se hace referencia a las reglas procesales establecidas en los fundamentos 54 a 58 de la STC Exp. N° 1417-2005-PA/TC –publicada en el diario oficial *El Peruano* el 12 de julio de 2005–, es necesario precisar que dichas reglas son aplicables solo a los casos que se encontraban **en trámite** cuando la STC Exp. N° 0206-2005-PA/TC fue publicada, no ocurriendo dicho supuesto en el presente caso, dado que la demanda se interpuso el 18 de enero de 2011”.

Despido arbitrario y cobro de beneficios sociales

Caso en el que un trabajador que demanda despido arbitrario había cobrado sus beneficios sociales, el TC dilucida los alcances de esta situación. En el Exp. N° 02364-2010-AA, precisa:

“10. Este colegiado ha establecido en la STC N° 03052-2009-PA/TC (...) el cobro de los beneficios sociales como vacaciones truncas, gratificaciones truncas, remuneraciones devengadas, utilidades y otros que se adeuden al trabajador, no deben considerarse como una aceptación del accionar irregular del empleador; sino como el cobro directo de los beneficios pendientes de pago o adeudos laborales, que pertenecen al trabajador y que tienen naturaleza alimentaría. No son estos pues, en estricto, cobros que se realizan como una forma de protección contra el despido arbitrario, sino conceptos que le corresponden al trabajador, y que simplemente no se habían cobrado en su debida oportunidad (...)’.

11. Del mismo modo, en la referida STC Exp. N° 3052-2009-PA/TC este Tribunal ha precisado ‘El cobro de los beneficios sociales (**compensación por tiempo de servicios, vacaciones truncas, gratificaciones truncas, utilidades u otro concepto remunerativo**) por parte del trabajador, no supone el consentimiento del despido arbitrario y, por ende, no debe considerarse como causal de improcedencia del amparo’” (énfasis agregado).

Previsión presupuestaria frente a una demanda de despido arbitrario

Cuando se tenga que contestar una demanda por reposición, el TC hace una recomendación general para todas las entidades a efectos de la previsión presupuestaria correspondiente:

“7. Teniendo presente que existen reiterados casos en los que se estima la demanda de amparo por haberse comprobado la existencia de un despido arbitrario, el Tribunal Constitucional estima pertinente señalar que cuando se interponga y admita una demanda de amparo contra una entidad del Estado que tenga por finalidad la reposición del demandante, ello tiene que registrarse como una posible contingencia económica que ha de preverse en el presupuesto, con la finalidad de que la plaza que ocupaba se mantenga presupuestada para, de ser el caso, poder actuar o ejecutar en forma inmediata la sentencia estimativa.

En estos casos, la Administración Pública para justificar el mantenimiento de la plaza presupuestada tendrá que tener presente que el artículo 7 del Código Procesal Constitucional dispone que: ‘El procurador público, antes de que el proceso sea resuelto en primer grado, está facultado para poner en conocimiento del titular de la entidad su opinión profesional motivada cuando considere que se afecta el derecho constitucional invocado’.

Con la opinión del Procurador Público, puede evitarse y preverse gastos fiscales, ya que la Administración Pública puede allanarse a la demanda (si es que la pretensión según la jurisprudencia y los precedentes del Tribunal Constitucional es estimable) o proseguir con el proceso”.

Por lo tanto, será una obligación del procurador o de la asesoría legal, en cada caso, evaluar la conveniencia o no de allanarse a la demanda, pero **siempre** debe solicitarse la disponibilidad presupuestal con miras al resultado del proceso.

Aspectos relacionados a los obreros municipales

En la STC Exp. N° 04822-2011-AA, el demandante manifiesta haber laborado ininterrumpidamente por casi cuatro años para la municipalidad emplazada, periodo en el cual desempeñó labores de naturaleza permanente, por lo que considera que es un trabajador con contrato de trabajo a plazo indeterminado. El TC resuelve del modo siguiente:

“5. Constituye un principio procesal que la carga de la prueba le corresponde a quien afirma un hecho, por tanto este Tribunal Constitucional considera que si la municipalidad emplazada asegura que el demandante fue contratado mediante contratos para obra determinada o servicio específico, al amparo del artículo 63 del Decreto Supremo N° 003-97.TR **debió probar dicha afirmación**, por lo que al no haberlo efectuado, pese a que se le notificó debidamente la demanda y sus recaudos, este Tribunal concluye que de acuerdo con lo previsto en el artículo 4 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, se configuró una relación laboral a plazo indeterminado desde el 25 de junio de 2008, pues conforme a las boletas de pago antes citadas el recurrente laboró en forma ininterrumpida desde esta fecha.

6. Estando a lo antes expuesto, se concluye que al haber existido entre las partes un contrato de trabajo a plazo indeterminado, el demandante solo podía ser despedido por causa justa prevista en la ley; por lo que la ruptura del vínculo laboral, sustentada en el supuesto vencimiento del plazo del contrato de trabajo, tiene el carácter de un despido arbitrario frente a lo cual procede la reposición como finalidad eminentemente restitutoria de todo proceso constitucional de tutela de derechos fundamentales”.

Distinta es la situación de quien acredite haber prestado servicio como obrero en la municipalidad, como en el caso de la STC Exp. N° 00180-2011-AA/TC, en la que el recurrente solicita en concreto que se declare inaplicable el despido del que fue objeto por parte la municipalidad y que se le reincorpore como obrero, específicamente como operador (chofer) de maquinaria pesada de la Gerencia de Infraestructura, labor que siempre ha desempeñado, conforme se verifica de los certificados de trabajo obrantes de fojas 65 a 67 de autos. En este caso, el TC resuelve:

“4. La cuestión controvertida consiste en determinar si entre las partes existía o no un contrato de trabajo a plazo indeterminado. Ello es necesario a efectos de aplicar el principio de primacía de la realidad, en cuyo caso el demandante solo podía haber sido despedido por una causa justa relacionada con su conducta o capacidad laboral.

5. En tal sentido cabe señalar que con respecto al principio de primacía de la realidad, que es un elemento implícito en nuestro ordenamiento jurídico y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución, se ha precisado, en la STC Exp. N° 1944-2002-AA/TC, que: ‘(...) en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero; es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos’ (Fund. 3).

6. La constancia expedida por el Área de Planillas de la Unidad de Recursos Humanos de la municipalidad emplazada, obrante a fojas 27 de autos, acredita

que el demandante ha prestados servicios de manera ininterrumpida, desde el mes de enero de 2009 hasta el mes de diciembre de 2010, que vendría a constituirse en el último periodo de labores, el cual debe ser tomado en consideración para verificar si se ha producido el despido arbitrario proscrito por el artículo 27 de nuestra Constitución Política. Al respecto, cabe reiterar que este Tribunal, en uniforme jurisprudencia, ha establecido que las labores que realiza un chofer de maquinaria pesada del área de infraestructura no son de carácter temporal, sino que más bien se trata de labores de naturaleza permanente.

7. Tampoco podrían ser consideradas como materia de contratación bajo la modalidad de servicios específicos, debido a que las labores para las que se lo contrató son de naturaleza permanente y no temporal, pues son necesarias para que la municipalidad emplazada cumpla con las funciones de su competencia. Por lo que, de conformidad con el artículo 4 del D.S. 003-97-TR, debe entenderse que el actor prestó servicios bajo un contrato a plazo indeterminado.

8. En consecuencia, conforme se advierte de la constancia policial, obrante a fojas 3, la emplazada ha despedido al demandante sin haberle expresado causa alguna relacionada con su conducta o su desempeño laboral que justifique dicha decisión, vulnerando de esta manera su derecho constitucional al trabajo, razón por la cual se configura un despido incausado”.

En la STC Exp. N° 04396-2011-AA, donde un trabajador que había sido repuesto por orden judicial, demanda amparo contra una municipalidad en el extremo que deniega al actor percibir, conjuntamente con la reposición, los beneficios, derechos laborales, prerrogativas que tiene el personal estable de su categoría en la municipalidad demandada que le corresponden de acuerdo a ley, pues al estar sujeto en realidad a un contrato de trabajo a plazo indeterminado dentro del régimen laboral de la actividad privada, dichos derechos le corresponderían. El TC resuelve del modo siguiente:

“4. Que al respecto cabe precisar que la pretensión contenida en el recurso de agravio constitucional es la consecuencia lógica de la reposición en el trabajo del actor que por ley le corresponde a un trabajador sujeto a un contrato de trabajo a plazo indeterminado, pues incluso al ordenarse la reposición se hace hincapié que esta puede realizarse en el mismo puesto o en otro de similar nivel o categoría. Es decir, la reposición se realiza en un cargo a plazo indeterminado de su nivel y, obviamente, con los derechos que trae consigo el cargo al igual que los trabajadores de su misma categoría en la municipalidad demandada. En consecuencia, debe estimarse el recurso de agravio constitucional con la precisión anotada, pues incluso si no hubieran sido solicitados por el actor, dichos derechos igual le correspondían”.

Un caso especial de resaltar es el criterio del TC en el caso del cumplimiento por la entidad de la orden judicial de reposición de un obrero. En la STC Exp. N° 01435-2011-AA, evalúa el caso que en la etapa de ejecución de sentencia la recurrente solicita al juzgado que **requiera** a la municipalidad para que la reponga en el puesto de trabajo que tenía antes de ser despedida, esto es, conserje del despacho de alcaldía, ya que mal asesorada por su abogado se le obligó a aceptar el cargo de obrera de limpieza pública, puesto de trabajo que no es de la categoría o nivel que tenía, además porque por prescripción médica, no puede realizar trabajos expuesta al sol; la municipalidad absuelve expresando que el régimen laboral aplicable a la actora es el régimen laboral de la actividad privada regulado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, pues tiene la

condición de obrera y que el personal obrero en las municipalidades no tiene niveles ni categorías y que, en tal sentido, se dispuso la reposición de la actora, de conformidad con lo ordenado por el Tribunal Constitucional, en el puesto de obrera de limpieza pública, que es uno de similar nivel o categoría al que tenía antes de ser despedida. El TC elabora el siguiente análisis:

“9. Que consiguientemente teniendo en cuenta que este Colegiado ordenó la reposición de la recurrente en el cargo que desempeñaba (conserje, en calidad de obrero) o en otro de igual nivel o categoría y considerando que la reposición de la actora fue en el cargo de obrera de limpieza pública, es decir, en uno de igual nivel y jerarquía, pues ambos cargos tiene el nivel de obrero; se puede concluir que la reposición de la recurrente así como las resoluciones emitidas en la etapa de ejecución, cumplen los términos ordenados por la sentencia de este Colegiado, por lo que el recurso de agravio constitucional debe desestimarse”.

Otro tema que merece resaltarse es el caso de un obrero operario de diversas obras ejecutadas por la municipalidad. En la STC Exp. N° 03353-2008-AA/TC, se señala lo siguiente:

“6. Asimismo este Colegiado considera que la labor de obras de construcción constituye una labor de naturaleza permanente en el tiempo por ser una de las funciones principales de las municipalidades. La función remodelación de parques, construcción de cercos perimétricos, pistas y veredas, la rehabilitación y construcción de complejos deportivos, complejos recreativos, construcción de plazas, los asfaltados de vías, las construcciones de alamedas, la construcción del anillo vial obedece a un ejercicio habitual de las funciones de las municipalidades, por lo que se infiere que el cargo de obrero peón de obra es de naturaleza permanente y no temporal, conforme se acredita en autos a fojas 85.

7. En el presente caso se aprecia que la Municipalidad Distrital de Paucarpata no utilizó ninguno de los tipos de contrato de trabajo sujeto a modalidad previsto en el Decreto Supremo N° 003-97-TR para contratar al demandante por un plazo determinado, toda vez que no ha cumplido con adjuntar algún contrato, razón por la cual en virtud del artículo 4 del Decreto Supremo N° 003-97-TR debe considerarse que entre las partes existió un contrato de trabajo a plazo indeterminado.

8. En consecuencia, al haber determinado que entre las partes existía una relación laboral de naturaleza indeterminada, el demandante solo podía ser despedido por una causa justa relacionada con su conducta o capacidad laboral; por lo que la ruptura del vínculo laboral, sustentada en el vencimiento del plazo de contrato, tiene el carácter de un despido arbitrario frente a lo cual procede la reposición como finalidad eminentemente restitutoria de todo proceso constitucional de tutela de derechos fundamentales”.

Por otro lado, y bajo el mismo criterio, el TC considera las labores de limpieza pública trabajos de naturaleza permanente y no temporal, por ser una de las funciones principales de la municipalidad (STC Exp. N° 04481-2008-PA/TC), ordenando la reposición. De igual manera, las labores de un policía municipal no pueden ser eventuales sino de naturaleza permanente (STC Exp. N° 06235-2007-PA/TC; STC Exp. N° 04058-2008-PA/TC).

Aspectos relacionados a los servidores CAS

En la STC Exp. N° 05295-2011-AA/TC, el Tribunal Constitucional ha establecido criterios sobre la interpretación de los contratos administrativos de servicios. Una persona interpone demanda de amparo contra una municipalidad, solicitando que se deje sin efecto el despido arbitrario del que fue objeto; y que, en consecuencia, sea repuesto en el cargo de chofer de cisterna para el mantenimiento de la infraestructura municipal que venía ocupando. Refiere que ingresó a laborar el 1 de diciembre de 2009, que desde el 2 de enero de 2010 hasta el 30 de noviembre de 2010 suscribió contratos administrativos de servicios y que continuó trabajando en diciembre de 2010, pero el 3 de enero de 2011 se le impidió el ingreso al que fuera su centro de trabajo. Afirma que conforme a lo dispuesto en el artículo 37 de la LOM, debe ser considerado un obrero sujeto al régimen laboral de la actividad privada, y que, por tanto, los contratos administrativos de servicios carecen de eficacia. Sostiene que al haber superado el periodo de prueba estaba protegido contra el despido arbitrario, por lo que al haber sido despedido sin expresión de una causa justa prevista en la ley, se han vulnerado sus derechos constitucionales al trabajo y al debido proceso. El Tribunal Constitucional resuelve del modo siguiente:

“3. Para resolver la controversia planteada, conviene recordar que en las SSTC 00002-2010-PI/TC y 03818-2009-PA/TC, así como en la RTC 00002-2010-PI/TC, este Tribunal ha establecido que el régimen de protección sustantivo-reparador contra el despido arbitrario, previsto en el régimen laboral especial del contrato administrativo de servicios, guarda conformidad con el artículo 27 de la Constitución.

Consecuentemente, en el proceso de amparo no corresponde analizar si con anterioridad a la suscripción de los contratos administrativos de servicios, los servicios que habría prestado el demandante se desnaturalizaron, pues en el caso de que ello hubiese ocurrido, dicha situación de fraude constituiría un periodo independiente del inicio de los contratos administrativos de servicios, lo cual es constitucional.

4. Cabe señalar que con los contratos administrativos de servicios (f. 2 a 23), y la boleta de pago del mes de diciembre de 2010 (f. 33), queda demostrado que el demandante ha mantenido una relación laboral a plazo determinado bajo el régimen laboral especial previsto en el Decreto Legislativo N° 1057, que culminó al vencerse el plazo de su contrato administrativo de servicios, esto es el 30 de diciembre de 2010, conforme se desprende de la constancia emitida por el sub gerente de gestión ambiental de la municipalidad emplazada (f. 25). Por lo tanto, habiéndose cumplido el plazo de duración del referido contrato, la extinción de la relación laboral del demandante se produjo en forma automática, conforme lo señala el literal h) del artículo 13.1 del Decreto Supremo N° 075-2008-PCM.

Siendo ello así la extinción de la relación laboral del demandante no afecta derecho constitucional alguno, por lo que no cabe estimar la demanda”.

En la STC Exp. N° 03701-2011-AA/TC, el TC define las consecuencias de la prórroga automática de un contrato administrativo de servicios:

“8. Destacada la precisión, este Tribunal considera que el contrato administrativo de servicios se prorroga en forma automática si el trabajador continúa laborando

después de la fecha de vencimiento del plazo estipulado en su último contrato administrativo de servicios. Este hecho no genera que el contrato administrativo de servicios se convierta en un contrato de duración indeterminada, debido a que el artículo 5 del Decreto Supremo N° 075-2008-PCM prescribe que la “duración del contrato no puede ser mayor al periodo que corresponde al Año Fiscal respectivo dentro del cual se efectúa la contratación”. En la actualidad, este parecer se encuentra reconocido en el artículo 5.2 del Decreto Supremo N° 075-2008-PCM, que fue incorporado por el Decreto Supremo N° 065-2011-PCM.

9. Finalmente, este Tribunal considera pertinente destacar que el hecho de que un trabajador continúe laborando después de la fecha de vencimiento del plazo estipulado en su último contrato administrativo de servicios constituye una falta administrativa que debe ser objeto de un procedimiento disciplinario, a fin de que se determine las responsabilidades previstas en el artículo 7 del Decreto Legislativo N° 1057, pues dicho hecho contraviene el procedimiento de contratación previsto en el artículo 3 del Decreto Supremo N° 075-2008-PCM”.

En la STC Exp. N° 00175-2012-AA/TC el Tribunal analiza el caso de una demandante que trabajó bajo el régimen laboral especial del Decreto Legislativo N° 1057 (CAS), siendo la vigencia del último contrato administrativo de servicios suscrito desde el 1 de noviembre hasta el 31 de diciembre de 2009, y a partir del 1 de enero y hasta el 31 de diciembre de 2010, la actora prestó servicios mediante contratos civiles. El Tribunal declara infundada la demanda, pero hace las siguientes precisiones:

“6. Conviene destacar que la demandante, para este último periodo, fue contratada civilmente como secretaria de alcaldía, desempeñando la misma labor para la cual fue contratada bajo el régimen laboral especial del Decreto Legislativo N° 1057. Dicho hecho permite concluir que los supuestos contratos civiles, en realidad encubrieron una relación de naturaleza laboral y no civil, pues la actora realizaba en ambas modalidades de contratación labores bajo subordinación y dependencia que acreditan dicha relación laboral.

Por dicha razón, este Tribunal considera que durante el periodo que la demandante prestó servicios mediante contratos civiles, la municipalidad demandada ha incumplido sus obligaciones como empleadora, motivo por el cual la recurrente tiene expedita la vía ordinaria para demandar el abono de los beneficios sociales no percibidos, ya que ello no puede dilucidarse mediante el presente proceso”.

Por tanto considera arbitrario el accionar de la entidad municipal, estableciendo las siguientes consecuencias jurídicas:

“7. Dicho lo anterior, corresponde determinar las consecuencias jurídicas del actuar arbitrario de la municipalidad emplazada. Al respecto, este Tribunal debe precisar que si bien los contratos civiles celebrados entre las partes encubrieron una relación laboral, ello no genera que la relación laboral encubierta se encuentre regulada por el régimen laboral del Decreto Supremo N° 003-97-TR o del Decreto Legislativo N° 276, pues antes de los contratos civiles la demandante venía trabajando mediante contratos administrativos de servicios.

Esta cuestión resulta relevante para concluir que los contratos civiles encubrieron un contrato de trabajo sujeto al régimen laboral especial regulado por el Decreto Legislativo N° 1057, pues en el presente caso existe continuidad en la prestación

del trabajo desempeñado por la demandante, que la municipalidad demandada pretendió encubrir mediante contratos civiles.

Por ello, este Tribunal considera que en el presente caso el contrato administrativo de servicios de la demandante se prorrogó en forma automática, conforme a lo señalado por el artículo 5.2 del Decreto Supremo N° 075-2008-PCM, modificado por el Decreto Supremo N° 065-2011-PCM, razón por la cual al haberse terminado su relación laboral sin que se presente alguna de las causas de extinción del contrato administrativo de servicios, la demandante tiene derecho a percibir la indemnización prevista en el numeral 13.3 del citado decreto.

8. Finalmente, cabe destacar que el hecho de que un trabajador labore mediante contratos civiles que encubren una relación laboral sujeta al régimen del contrato administrativo de servicios constituye una falta administrativa prevista en el artículo 5.2 del decreto mencionado que debe ser objeto de un procedimiento disciplinario a fin de que se determine las responsabilidades correspondientes”.

Sobre la pretensión de reposición de un trabajador bajo la modalidad de contrato administrativo de servicios, en la STC Exp. N° 04258-2011-AA, el TC ha establecido lo siguiente:

“7. Sobre la pretensión de reposición en el régimen del contrato administrativo de servicios, cabe recordar que en la STC Exp. N° 03818-2009-PA/TC, este Tribunal señaló que:

‘La solución de reposición desnaturalizaría la esencia especial y transitoria del contrato administrativo de servicios, por cuanto los contratos de trabajo en este régimen son a plazo determinado y no a plazo indeterminado. Además, conforme al párrafo d) del artículo 7 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, en casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquier otra prestación prevista por la legislación nacional’.

Consecuentemente, al régimen laboral especial del contrato administrativo de servicios no le resulta aplicable el régimen procesal de eficacia restitutoria (readmisión en el empleo), sino únicamente el régimen procesal de eficacia restitutiva (indemnización).

8. Por lo tanto, cuando se termina la relación laboral sin que se presente alguna de las causas de extinción del contrato administrativo de servicios, se genera el derecho a percibir el pago de la penalidad prevista en el numeral 13.3 del Decreto Supremo N° 075-2008-PCM, modificado por el artículo 1 del Decreto Supremo N° 065-2011-PCM. Por lo que es menester precisar que el demandante tiene derecho de solicitar en la vía procedimental correspondiente el pago de la penalidad por haberse dado fin a su relación laboral sin que haya mediado alguna de las causales legales de extinción del contrato administrativo de servicios”.

Por tanto, la pretensión de reposición no es procedente cuando se trata del régimen del Contrato Administrativo de Servicios (CAS).

CAPÍTULO II

LAS NORMAS MUNICIPALES Y LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

SUBCAPÍTULO I

LAS NORMAS MUNICIPALES

ARTÍCULO 38.- ORDENAMIENTO JURÍDICO MUNICIPAL

El ordenamiento jurídico de las municipalidades está constituido por las normas emitidas por los órganos de gobierno y administración municipal, de acuerdo al ordenamiento jurídico nacional.

Las normas y disposiciones municipales se rigen por los principios de exclusividad, territorialidad, legalidad y simplificación administrativa, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del derecho administrativo.

Ninguna autoridad puede avocarse a conocer o normar las materias que la presente ley orgánica establece como competencia exclusiva de las municipalidades.

Las autoridades políticas, administrativas y policiales, ajenas al gobierno local, tienen la obligación de reconocer y respetar la preeminencia de la autoridad municipal en los asuntos de su competencia y en todo acto o ceremonia oficial realizada dentro de su circunscripción. Dichas autoridades no pueden interferir en el cumplimiento de las normas y disposiciones municipales que se expidan con arreglo al presente subcapítulo, bajo responsabilidad.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Arts. 39, 40, 41, 42, 43, 77

Ley N° 27783 Art. 42

Ley N° 27444 Arts. 3, 8, 10



COMENTARIO

El sentido en que se utiliza el término ordenamiento jurídico, en el presente artículo, es como el conjunto de normas que emiten los órganos de gobierno y de administración municipal, en ejercicio de la autonomía municipal, en asuntos de su competencia y en el marco del ordenamiento jurídico nacional.

Esta es una característica propia de la autonomía municipal, en su relación con la unidad de la nación y que la diferencia de la autarquía o soberanía, como lo precisa el TC: "(...) autonomía no debe confundirse con autarquía, pues desde el mismo momento en que aquella le viene atribuida por el ordenamiento, su desarrollo debe realizarse con respeto a ese ordenamiento jurídico. (...) No supone autarquía funcional al extremo de que, de alguna de sus competencias pueda desprenderse desvinculación parcial o total del sistema político o del propio orden jurídico en el que se encuentra inmerso cada gobierno municipal. En consecuencia, no porque un organismo sea autónomo deja de pertenecer al Estado, pues sigue dentro de él y, como tal, no puede apartarse del esquema jurídico y político que le sirve de fundamento a este y, por supuesto a aquel"⁽⁶²⁾.

Se señala también que ninguna autoridad puede avocarse a conocer o normar las materias que la presente ley orgánica establece como competencia exclusiva de las municipalidades. Disposición que se conoce en la doctrina la garantía institucional de la autonomía municipal y que el TC lo define en los términos siguientes: La Constitución Política del Perú, "reconoce la garantía institucional de la autonomía municipal, en tres aspectos concretos: política, económica y administrativa. Se trata pues, de una garantía que el constituyente ha querido preservar para las municipalidades, confiriéndole protección constitucional contra su supresión y vaciamiento de sustancia, al limitar la intervención de los órganos legislativo y ejecutivo en la regulación de los asuntos públicos que son de su competencia. Como toda garantía institucional, la autonomía municipal es susceptible de ser objeto, en virtud de una ley de desarrollo, regulación y limitaciones en su contenido, siempre que ellos se realicen dentro de los límites del orden competencial que la Constitución prevé y en respeto del contenido esencial de la institución, que no puede ser alterado"⁽⁶³⁾. La LOM también lo regula en el art. 75: "Ninguna persona o autoridad puede ejercer las funciones específicas que son de competencia municipal exclusiva. Su ejercicio constituye usurpación de funciones. Las normas municipales en las materias establecidas en la presente ley, que estén en concordancia con las normas técnicas de carácter nacional, son de cumplimiento obligatorio por los ciudadanos y las autoridades nacionales y regionales respectivas. Solo por ley expresa y con las mismas formalidades exigidas para la aprobación de la presente ley, se establecen regímenes especiales transitorios por los cuales otros organismos públicos pueden ejercer competencias que son exclusivas de las municipalidades. El régimen especial transitorio debe tener un plazo determinado. Las municipalidades están obligadas a informar y realizar coordinaciones con las entidades con las que compartan competencias y funciones, antes de ejercerlas".

Precisa también la norma que las autoridades políticas, administrativas y policiales, ajenas al gobierno local, tienen la obligación de reconocer y respetar la preeminencia de la autoridad municipal en los asuntos de su competencia. Este es una precisión de mucha importancia para el ejercicio de la función municipal, porque muchas veces se pretende avasallar la autoridad exclusiva municipal; un caso recurrente se da, por ejemplo, cuando las municipalidades deniegan la autorización para la realización de un espectáculo público no deportivo, y los organizadores solicitan el permiso de los gobernadores y pretenden con ello suplir el acto que le corresponde a las municipalidades.

(62) Fund. Jur. N° 6, Exp. N° 007-2001-AI/TC.

(63) Cfr. STC Exp. N° 001-1996-I/TC.

En esta situación se da muestra de una clara injerencia de la autoridad política en las funciones propias de los gobiernos locales.

Otra característica propia de las normas municipales es que son de carácter obligatorio y que su incumplimiento acarrea las sanciones correspondientes, sin perjuicio de la entidad de promover las acciones judiciales sobre las responsabilidades civiles y penales a que hubiera lugar, que señala el art. 46 de la LOM, norma que si bien está ubicada dentro de la capacidad sancionadora de las municipalidades, corresponde a una característica general de toda norma municipal.

Señala, además, el artículo que las normas y disposiciones municipales se rigen por los principios de exclusividad, territorialidad, legalidad y simplificación administrativa, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo. En cuanto al principio de exclusividad, se refiere a que otros órganos ajenos a los gobiernos están excluidos de regular materias de competencia exclusiva de las municipalidades. El principio de territorialidad, se refiere a la competencia territorial de las municipalidades, que debe concordarse con el art. 3 de la LOM, que determina que las municipalidades provinciales ejercen jurisdicción sobre el territorio de la respectiva provincia y el distrito del cercado; la municipalidad distrital, sobre el territorio del distrito; y la municipalidad de centro poblado, en la jurisdicción que determine la ordenanza provincial de su creación. Este es el límite de aplicación de una norma municipal, la jurisdicción territorial según se trate de municipalidad provincial, distrital o de centro poblado.

En cuanto a los principios de legalidad y simplificación administrativa, en realidad, no son los únicos de aplicación sino todos los principios generales del Derecho Administrativo y los principios que establece la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, como lo señala el art. 26 de la LOM, que establece que la administración municipal se rige por los principios de legalidad, economía, transparencia, simplicidad, eficacia, eficiencia, participación y seguridad ciudadana, y por los contenidos en la Ley N° 27444.

En realidad, existe una relación directa e indisoluble entre el marco jurídico de emisión de las normas municipales que dispone la LOM y las disposiciones de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, de forma tal que necesariamente la generación de una norma o dispositivo municipal, que contenga un acto administrativo⁽⁶⁴⁾, debe seguir los requisitos y trámites que establece la Ley del Procedimiento Administrativo General. Es decir, todas las normas municipales, deben cumplir con los requisitos de validez que establece el art. 3 de la Ley N° 27444:

“Son requisitos de validez de los actos administrativos:

1. Competencia.- Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión.
2. Objeto o contenido.- Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos

(64) **Ley N° 27444.- Artículo 1.** - “**Concepto de acto administrativo:** 1.1 Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de Derecho Público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta”.

jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación.

3. Finalidad Pública.- Adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitarse a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley. La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad.
4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.
5. Procedimiento regular.- Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación”.

Señala finalmente la norma que las autoridades políticas, administrativas y policiales, no pueden interferir en el cumplimiento de las normas y disposiciones municipales que se expidan con arreglo al presente subcapítulo, bajo responsabilidad. La redacción llevaría a inferir que dichas autoridades sí pueden interferir cuando las normas se hayan expedido sin seguir las disposiciones que establece este subcapítulo de la LOM. Sin embargo, no puede ser ese el sentido del mandato, no puede deducirse de la mencionada redacción que el sistema jurídico municipal autorice una oposición de hecho, por parte de las mencionadas autoridades, cuando estas consideren que una norma no está legalmente emitida. No. El sentido que debe darse es que las normas municipales, para ser válidas y eficaces⁽⁶⁵⁾, deben seguir los parámetros que señala el presente subcapítulo. Por ejemplo, una resolución de alcaldía no puede contener una materia propia del Concejo municipal (acuerdo de concejo) o viciversa; o pretender ejecutar una ordenanza que no ha cumplido con el requisito de la publicidad. Tampoco será válida una norma que transgreda la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo Municipal, o disposiciones especiales establecidas en las normas internas de las municipalidades.

ARTÍCULO 39.- NORMAS MUNICIPALES

Los concejos municipales ejercen sus funciones de gobierno mediante la aprobación de ordenanzas y acuerdos. Los asuntos administrativos concernientes a su organización interna, los resuelven a través de resoluciones de concejo.

El alcalde ejerce las funciones ejecutivas de gobierno señaladas en la presente ley mediante decretos de alcaldía. Por resoluciones de alcaldía resuelve los asuntos administrativos a su cargo.

Las gerencias resuelven los aspectos administrativos a su cargo a través de resoluciones y directivas.

(65) **Ley N° 27444.- “Artículo 8.-** Validez del acto administrativo. Es válido el acto administrativo dictado conforme al ordenamiento jurídico. Artículo 16.- Eficacia del acto administrativo. 16.1 El acto administrativo es eficaz a partir de que la notificación legalmente realizada produce sus efectos, conforme a lo dispuesto en el presente capítulo”.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Arts. 9:8), 27, 40, 41, 42, 43, 44



COMENTARIO

Este artículo complementa el anterior, estableciendo el tipo de normas que están facultados a emitir los órganos de gobierno (el Concejo y la Alcaldía), así como la administración en su conjunto (gerencias). Debe concordarse con el inc. 8 del art. 9 que señala que son atribuciones del Concejo Municipal: “Aprobar, modificar o derogar las ordenanzas y dejar sin efectos los acuerdos”.

Establece que el concejo municipal ejerce sus funciones de gobierno mediante la aprobación de ordenanzas y acuerdos. Los asuntos administrativos concernientes a su organización interna los resuelve a través de Resoluciones de Concejo. El objeto o contenido de las ordenanzas y acuerdos están regulados en los arts. 40 y 41 de la LOM.

El alcalde ejerce sus funciones ejecutivas de gobierno mediante decretos de alcaldía, y los asuntos administrativos a su cargo mediante resoluciones de alcaldía. El objeto o contenido de los decretos de alcaldía y las resoluciones de alcaldía estas regulados en los arts. 41 y 42 de la LOM.

Las gerencias (en realidad, debe entenderse como los diferentes órganos de la Administración) resuelven los asuntos administrativos a través de resoluciones y directivas, las que se emitirán de acuerdo con lo estipulado en su Reglamento de Organización y Funciones (ROF), documento aprobado por el Concejo por el cual se le faculta a las gerencias para emitir las normas relacionadas al ejercicio de su función.

La LOM ha establecido diversas fuentes de generación de las normas municipales. El art. 10 inc. 1 otorga a los regidores la facultad de proponer proyectos de ordenanza y acuerdos municipales, lo que es consustancial a su facultad normativa. Similar facultad le otorga la LOM al alcalde, al establecer en el inc. 5 del art. 20, que es atribución del alcalde proponer al Concejo municipal proyectos de ordenanzas y acuerdos. También los vecinos tienen derecho de iniciativa en la formación de los dispositivos municipales, de conformidad con el inc. 2 del art. 113 de la LOM, en este caso el art. 114 de la LOM establece el mecanismo siguiente: “La iniciativa en la formación de dispositivos municipales es el derecho mediante el cual los vecinos plantean al gobierno local la adopción de una norma legal municipal de cumplimiento obligatorio por todos o una parte de los vecinos de la circunscripción o del propio concejo municipal. La iniciativa requiere el respaldo mediante firmas, certificadas por el Reniec, de más del 1 % (uno por ciento) del total de electores del distrito o provincia correspondiente. El concejo municipal, a propuesta del alcalde, aprobará las normas para el ejercicio de la iniciativa a que se refiere el presente artículo”.

Si bien el art. 114 establece un mecanismo vecinal de conjunto para ejercer la iniciativa legislativa, nada obsta para que cualquier vecino o conjunto de vecinos puedan plantear una propuesta legislativa al alcalde o al Concejo Municipal y que estos órganos hagan suya la propuesta y se inicie el trámite de emisión y aprobación.

ARTÍCULO 40.- ORDENANZAS

Las ordenanzas de las municipalidades provinciales y distritales, en la materia de su competencia, son las normas de carácter general de mayor jerarquía en la estructura normativa municipal, por medio de las cuales se aprueba la organización interna, la regulación, administración y supervisión de los servicios públicos y las materias en las que la municipalidad tiene competencia normativa.

Mediante ordenanzas se crean, modifican, suprimen o exoneran, los arbitrios, tasas, licencias, derechos y contribuciones, dentro de los límites establecidos por ley.

Las ordenanzas en materia tributaria expedidas por las municipalidades distritales deben ser ratificadas por las municipalidades provinciales de su circunscripción para su vigencia.

Para efectos de la estabilización de tributos municipales, las municipalidades pueden suscribir convenios de estabilidad tributaria municipal; dentro del plazo que establece la ley. Los conflictos derivados de la ejecución de dichos convenios de estabilidad serán resueltos mediante arbitraje.

CONCORDANCIAS:

Const.	Arts. 74, 195:4)
Ley Nº 27972	Arts. 20:12), 44
C.T.	Art. IV



COMENTARIO

La ordenanza es una norma de carácter general, abstracta y obligatoria dentro del territorio sobre el cual ejerce jurisdicción la municipalidad y en las materias de su competencia. Es la norma de mayor jerarquía en la estructura normativa municipal y tiene rango de ley, de conformidad con el inc. 4 del art. 200 de la Constitución.

Mediante las ordenanzas, se aprueban:

- a) **La organización interna de la municipalidad**, mediante ordenanza se deberá normar el régimen de organización interior y funcionamiento del gobierno local, entre los que están el Manual de Organización y Funciones (MOF), el Reglamento de Organización y Funciones (ROF), el Reglamento del Concejo municipal, los Planes de desarrollo, los Presupuestos participativos, los reglamentos de los consejos de coordinación local, conformación de las juntas vecinales, cabildo abierto, así como todo otro documento tendiente a normar su régimen de organización y funcionamiento interno.
- b) **La regulación, administración y supervisión de los servicios públicos**, es concordante con el art. 46 de la LOM, que establece que mediante ordenanzas se determina el régimen de sanciones administrativas por la infracción de sus disposiciones, estableciendo las escalas de multas en función de la gravedad de la falta, así como la imposición de sanciones no pecuniarias; estableciendo que las sanciones que aplique la autoridad municipal podrán ser las de multa, suspensión de autorizaciones o licencias, clausura, decomiso, retención de productos y mobiliario, retiro de elementos antirreglamentarios, paralización de obras, demolición, internamiento de vehículos, inmovilización de productos y otras.

- c) **Las materias en que la municipalidad tiene competencia normativa**, dentro de estas materias están las reguladas en el art. 9 (atribuciones del Concejo Municipal), también mediante ordenanza provincial se crean los centros poblados (arts. III y 128 de la LOM), ordenanzas sobre seguridad y defensa civil (art. 90 de la LOM), ordenanzas sobre protección urbana y del patrimonio cultural (art. 91 de la LOM), así como cualquier otra materia que este reservado como competencia municipal en una ley o norma con rango de ley.
- d) **Crear, modificar, suprimir o exonerar los arbitrios, licencias, derechos y contribuciones**, se recoge lo estipulado en el inc. 4 del art. 195 de la Constitución, que señala que los gobiernos locales son competentes para “Crear, modificar y suprimir contribuciones, tasas, arbitrios, licencias y derechos municipales, conforme a ley”. El art. IV del TUO del Código Tributario (D.S. N° 195-99-EF), también señala que “Los Gobiernos Locales, mediante Ordenanza, pueden crear, modificar y suprimir sus contribuciones, arbitrios, derechos y licencias o exonerar de ellos, dentro de su jurisdicción y con los límites que señala la Ley”.
- e) **Ratificar las ordenanzas distritales en materia tributaria**, que es una atribución de las municipalidades provinciales, como condición para la vigencia de la ordenanza distrital.

Adicionalmente, según el art. 44 de la LOM, las ordenanzas deben ser obligatoriamente publicadas, teniendo en cuenta que no surten efecto las normas de gobierno municipal que no hayan cumplido con el requisito de la publicación o difusión.

Otra característica de las ordenanzas son: pueden ser sometidas a referéndum (inc. 3 del art. 32 de la Constitución), puede ser materia de un proceso de inconstitucionalidad (inc. 4 del art. 200 de la Constitución, art. 52 de la LOM).

El rango de ley de las ordenanzas municipales

Dentro de nuestro sistema jurídico, las ordenanzas son verdaderas leyes, que se diferencian de las leyes ordinarias no por el principio de jerarquía sino por el de competencia. Como explica Fernández Segado: “Todas estas normas tienen idéntica jerarquía, pues todas ellas tienen rango de ley. La delimitación de unas y otras habrá de atender por consiguiente al principio de competencia. La competencia supone la atribución de un órgano de un poder normativo que, por lo general, deriva de una reserva material. La unión del principio de competencia a la reserva material excluye la aplicación del criterio jerárquico. El principio de competencia supone siempre un criterio de atribución. La relación competencial entre dos normas legales (por ejemplo, y por lo que ahora interesa, la ley del Estado y la ley u Ordenanza Municipal) parte del desarrollo de ambas normas sobre un ámbito material de validez diferente. Y es que la autonomía política de las Municipalidades entraña que estas asuman competencia normativa sobre unos determinados ámbitos materiales de lo que, consecuentemente, queda marginado el Estado”⁽⁶⁶⁾.

Por tanto, dado su naturaleza de ley, la ordenanza debe cumplir –según García Belaunde– los siguientes requisitos:

(66) FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *El Rango de Ley de las Ordenanzas Municipales en la Constitución de 1993*. Municipalidad Metropolitana de Lima, 1997, p. 185.

- a) Desarrollar en forma directa, las competencias que en forma expresa le otorga la Constitución del Estado a los municipios.
- b) Desarrollar en forma genérica, lo que señala la Ley Orgánica de Municipalidades.
- c) Aplicar en detalle, lo que señala la Ley Orgánica de Municipalidades como competencia expresa.

“Pero como quiera que las competencias señaladas en la Constitución para las municipalidades son escuetas y con reserva de ley, es claro que en la mayoría de las veces, las ordenanzas se tienen que limitar a desarrollar lo que expresamente señale su Ley Orgánica. Y a ellas debe ceñirse en su producción legislativa. Por tanto, no puede el municipio, en afán creativo, arrogarse nuevas competencias bajo el pretexto de interpretar su autonomía en un sentido figurado y amplísimo, ni menos invadir competencias de otros órganos del Estado, ni tampoco las de otros municipios, en especial, de los municipios menores”⁽⁶⁷⁾.

Esta última situación, a la que hace referencia García Belaunde, puede evidenciarse la Sentencia recaída en el Exp. N° 1527-2001, de fecha 13 de junio de 2003, proceso mediante el cual la Universidad San Martín de Porres solicita se declare la nulidad de la Resolución de Alcaldía N° 4987-MML expedida por la Municipalidad Metropolitana de Lima, que declaró nula la Resolución de Alcaldía N° 0541 dictada por la Municipalidad Distrital de Santa Anita, que resolvió aprobar el proyecto de regularización de habilitación urbana presentada por la recurrente; en este caso la Municipalidad de Lima considera que el procedimiento seguido por la accionante debió seguirse ante ella y no ante la municipalidad distrital, de conformidad con la Ordenanza N° 133-97-MML. La Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República, resuelve lo siguiente: “TERCERO.- Que al respecto es clara la existencia de un conflicto de aplicación de normas, esto es, la colisión entre la Ley número veintiséis mil ochocientos setentiocho, que determina que las Municipalidades Distritales conocen de los procedimientos de habilitación urbana, y la Ordenanza municipal ciento treintitres –noventisiete– MLM, aprobada por la Municipalidad de Lima, que solo reconoce tal atribución al órgano provincial. CUARTO.- Que si bien la Constitución Política le atribuye a la Ordenanza Municipal el rango de ley, sin embargo, esta última siempre tendrá mayores alcances que la primera, más aún si, como la ha señalado la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha veinte de mayo del dos mil dos, expediente número cero doce – dos mil uno, la Carta Política reconoce a las Municipalidades en general, todas las atribuciones de un gobierno municipal, incluidas las relacionadas con el Planeamiento y Habilidadación Urbana, sin hacer distinción alguna entre Municipalidades Provinciales y Distritales, siendo dicho tema uno de alcance general y no exclusivo de la localidad de Lima”; por lo que declara la nulidad de la resolución emitida por la Municipalidad Metropolitana de Lima, ya que la ordenanza pretendía desconocer los alcances de una Ley de carácter nacional.

(67) GARCÍA BELAUNDE, Domingo. “Estado y Municipio en el Perú”. En: *Revista Jurídica del Perú*. Tomo 41, Editora Normas Legales. Trujillo, diciembre de 2002, p. 19.

La ratificación de las ordenanzas distritales

Señala este artículo que las ordenanzas en materia tributaria expedidas por las municipalidades distritales, deben ser ratificadas por la municipalidad provincial para su vigencia. Su conveniencia, es compartida en forma unánime por los tratadistas. “La exigencia de la ratificación de las ordenanzas por parte de las municipalidades provinciales, implica que estas últimas participen en el ejercicio de la potestad tributaria por parte de las municipalidades distritales, es decir, en la creación, modificación, supresión o exoneración de arbitrios, contribuciones y derechos. Como bien afirma Armando Zolezzi, al referirse a la ratificación de los edictos regulada en el artículo 94 de la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N° 23853, y que constituye el antecedente legislativo del tema que nos ocupa, ‘Los Concejos Distritales tienen potestad tributaria tutelada por su correspondiente Concejo Provincial’⁽⁶⁸⁾.”

El Tribunal Constitucional también ha tomado posición de respaldo de la ratificación como mecanismo de control. En la STC Exp. N° 007-2001-AI/TC, señala: “Si un Estado como el peruano se organiza de forma descentralizada y, dentro de tal esquema, los distintos niveles de gobierno deben apuntar hacia similares objetivos, el diseño de una política tributaria integral (que es uno de dichos objetivos) puede perfectamente suponer, sin que con ello se afecte el carácter descentralizado que puedan tener algunos de tales niveles, la adopción de mecanismos formales, todos ellos compatibles entre sí. Lo dicho implica que, si un mecanismo formal como la ratificación de las ordenanzas distritales por los municipios provinciales coadyuva a los objetivos de una política tributaria integral y uniforme con el principio de igualdad que consagra el artículo 74 de la Constitución, tal opción no puede entenderse como contraria a su texto, sino como un modo de realizar los propios objetivos propugnados por la misma norma fundamental”.

Y en la STC Exp. N° 0053-2004-AI, desarrollo la ratificación como un requisito de validez, en los términos siguientes: “Consecuentemente, la ratificación de ninguna manera puede tener una finalidad meramente declarativa de validez –no tendría ningún sustento ni sentido si así se hubiera previsto–, sino más bien constitutiva. Su cumplimiento es condicionante para afirmar la observancia del principio de reserva de ley en materia tributaria municipal. En ese sentido, siguiendo los principios de la teoría general del derecho que distingue entre validez y vigencia (eficacia frente a terceros), podemos concluir que una ordenanza será válida cuando ha sido aprobada por el órgano competente y dentro del marco de sus competencias, esto es, respetando las reglas de producción normativa del parámetro de constitucionalidad, las cuales exigen el requisito de la ratificación; y por otro lado, estará vigente cuando adquiera legitimidad para ser exigida en su cumplimiento, esto es, mediante el requisito de publicidad derivado del artículo 51 de la Constitución. En resumen, la ratificación es un requisito sine qua non para la validez de la ordenanza distrital sobre arbitrios y la publicación del acuerdo ratificadorio un requisito esencial para su vigencia; solo después de cumplidos estos dos requisitos, la ordenanza distrital podrá ser exigida a los contribuyentes”.

De lo expuesto, se desprende también la obligación de ratificar el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA), en tanto contiene aspectos tributarios.

(68) CALLER FERREYROS, María Eugenia. “El Procedimiento Contencioso Tributario y la Nueva Ley Orgánica de Municipalidades”. En: *Revista Peruana de Jurisprudencia*. N° 30, agosto de 2003. Anexo: *El Procedimiento Contencioso Tributario*. Editora Normas Legales, Trujillo, pp. 7 a 13.

Estabilización de tributos municipales

El último párrafo del art. 40 de la LOM establece que las municipalidades pueden suscribir convenios de estabilidad tributaria municipal. Esta medida puede generar algunos problemas en su aplicación, conforme ha sido señalado por algunos especialistas:

“(…) debe tenerse en cuenta que la norma (el art. 40) no precisa que esa facultad se limite a contribuciones y tasas, sino que, por el contrario, al referirse a “tributos municipales” deja abierta la posibilidad de incluir los impuestos recaudados por las municipalidades en los convenios de estabilidad. Si bien es cierto, además, que esa función facilita el fomento por los gobiernos locales de la inversión privada en su respectiva circunscripción (mediante la garantía a los inversionistas de que el régimen tributario municipal vigente a la fecha de suscripción del convenio no se alterará durante el plazo de este), esto podría ser perjudicial si no es correctamente utilizada. No debe olvidarse que las contribuciones y las tasas son tributos vinculados, cuyo cobro responde a la ejecución de obras públicas, actividades estatales o la prestación de un servicio público, y que su pago permite cubrir los costos de esas obras, actividades o servicios.

En consecuencia, consideramos necesaria una pronta regulación de esta atribución, con el fin de establecer los lineamientos que las casi dos mil municipalidades existentes en el país deben seguir, así como determinar los requisitos a cumplir por los inversionistas, la autoridad competente de su aprobación y el plazo de duración del mismo”⁽⁶⁹⁾.

ARTÍCULO 41.- ACUERDOS

Los acuerdos son decisiones, que toma el concejo, referidas a asuntos específicos de interés público, vecinal o institucional, que expresan la voluntad del órgano de gobierno para practicar un determinado acto o sujetarse a una conducta o norma institucional.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Arts. 10: 1), 13, 16, 17, 20:5) 12), 44



COMENTARIO

En todos aquellos asuntos que no son de carácter general o tributario (que deben legislarse mediante ordenanza) sino específicos y de interés público, vecinal o institucional, el Concejo Municipal resuelve mediante acuerdos de concejo. También se emitirá acuerdo del Concejo Municipal, para solicitar al Poder Legislativo la creación de los impuestos que considere necesarios (inc. 12 del art. 20 de la LOM).

Tienen iniciativa para la formación de acuerdos municipales, los regidores (inc. 1 del art. 10 de la LOM) y el alcalde (inc. 5 del art. 20 de la LOM). Es fuente de formación también las normas que emite el gobierno nacional, cuando requiere la formulación de

(69) BENITES, DE LAS CASAS, FORNO & UGAZ ABOGADOS. “Alcances de la nueva Ley N° 27972: Régimen Tributario y Municipalidades”. En: *El Peruano*, 13/06/2003. p. 19.

acuerdo por parte de los concejos municipales; como en el caso, por ejemplo, de las transferencias para obras.

En tanto órgano colegiado, los acuerdos de concejo deberán emitirse con las formalidades para las sesiones de concejo, el quórum y la mayoría (calificada o simple), que establecen los arts. 13, 16 y 17 de la LOM.

Requieren de mayoría simple: determinaciones de concesión (art. 33 de la LOM), suspensión del cargo (art. 25 de la LOM), disposición de bienes municipales (art. 59 de la LOM), fijación de remuneraciones y dietas (art. 12 de la LOM),

Requieren de mayoría calificada: cese del Gerente municipal (dos tercios del número hábil, art. 27 de la LOM), iniciativa en la creación de empresas municipales (más de la mitad del número legal, art. 35 de la LOM), declaración de vacancia (dos tercios del número legal, art. 23 de la LOM).

Una vez válidamente adoptado y emitido el Acuerdo de Concejo, deberá ser ejecutado por el Alcalde, bajo responsabilidad, a tenor del inc. 3 del art. 20 de la LOM.

ARTÍCULO 42.- DECRETOS DE ALCALDÍA

Los decretos de alcaldía establecen normas reglamentarias y de aplicación de las ordenanzas, sancionan los procedimientos necesarios para la correcta y eficiente administración municipal y resuelven o regulan asuntos de orden general y de interés para el vecindario, que no sean de competencia del concejo municipal.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Arts. 20:6, 39, 40, 41



COMENTARIO

El inc. 6 del art. 20 de la LOM dispone que es atribución del alcalde dictar decretos y resoluciones de alcaldía, con sujeción a las leyes y ordenanzas.

El art. 39 de la LOM señala que el alcalde ejerce las funciones ejecutivas de gobierno mediante decretos de alcaldía y que por resoluciones de alcaldía resuelve los asuntos administrativos a su cargo; de lo que se deriva la naturaleza de los decretos de alcaldía, como normas de organización más que normas de sanción.

Pueden ser objeto de los decretos de alcaldía:

- a) Disposiciones reglamentarias de las ordenanzas, cuando estas requieran para su aplicación de disposiciones complementarias pero sin tergiversar ni desnaturalizar el mandato contenido en la ordenanza correspondiente.
- b) Sancionar los procedimientos necesarios para la correcta y eficiente administración municipal, se refieren a la adopción de disposiciones de organización interna más no a aquellas que tengan efecto sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados en una situación concreta, que serán materia necesariamente de una resolución de alcaldía.

- c) Asuntos de carácter general y de interés para el vecindario que no sean de competencia del Concejo municipal, es decir que no sean propias del objeto de una ordenanza o de un acuerdo, a tenor de las atribuciones que para el concejo les concede el art. 9 de la LOM y lo dispuesto en el art. 40 (para el caso de las ordenanzas) y en el art. 41 (para el caso de los acuerdos).

Su características más resaltante es su carácter de generalidad (a diferencia de las resoluciones de alcaldía que resuelven asuntos de carácter específico), de allí que los decretos de alcaldía (al igual que las ordenanzas) tienen que ser necesariamente publicados para entrar en vigencia, a tenor del art. 44 de la LOM.

ARTÍCULO 43.- RESOLUCIONES DE ALCALDÍA

Las resoluciones de alcaldía aprueban y resuelven los asuntos de carácter administrativo.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Art. 20:6)
Ley N° 27444 Arts. 3, 8, 10



COMENTARIO

El inc. 6 del art. 20 de la LOM, dispone que es atribución del alcalde dictar decretos y resoluciones de alcaldía, con sujeción a las leyes y ordenanzas. Las resoluciones de alcaldía resuelven asuntos de carácter específico, contienen un acto administrativo en el sentido de que lo que se resuelve está destinado a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta. Para su emisión y eficacia, deben cumplirse con los requisitos de validez y eficacia de los procedimientos administrativos, contenidos en la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General.

Una consulta frecuente es quiénes tienen la obligación de visar una resolución de alcaldía. Deben hacerlo necesariamente el secretario general y el asesor legal, añadiéndose a estas las de las gerencias, áreas o jefaturas que solicitan o que intervengan en el trámite que da origen a la emisión de la resolución.

ARTÍCULO 44.- PUBLICIDAD DE LAS NORMAS MUNICIPALES

Las ordenanzas, los decretos de alcaldía y los acuerdos sobre remuneración del alcalde y dietas de los regidores deben ser publicados:

1. En el diario oficial *El Peruano* en el caso de las municipalidades distritales y provinciales del departamento de Lima y la Provincia Constitucional del Callao.
2. En el diario encargado de las publicaciones judiciales de cada jurisdicción en el caso de las municipalidades distritales y provinciales de las ciudades que cuenten con tales publicaciones, o en otro medio que asegure de manera indubitable su publicidad.

3. En los carteles municipales impresos fijados en lugares visibles y en locales municipales, de los que dará fe la autoridad judicial respectiva, en los demás casos.
4. En los portales electrónicos, en los lugares en que existan. Las normas municipales rigen a partir del día siguiente de su publicación, salvo que la propia norma postergue su vigencia.

No surten efecto las normas de gobierno municipal que no hayan cumplido con el requisito de la publicación o difusión.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Arts. 12, 21, 40, 41, 42, 147

Ley N° 27783 Art. 11



COMENTARIO

En el sistema jurídico municipal es obligatoria la publicación de todas las ordenanzas, todos los decretos, de alcaldía y el acuerdo de concejo que establece la remuneración del alcalde y la dieta de los regidores, caso contrario no entrarán en vigencia ni surtirán efecto alguno.

En las demás normas, cuando sus disposiciones produzcan efecto sobre obligaciones o derechos de los administrados, no será necesaria la publicación del art. 44 de la LOM, pero sí la notificación en los términos que señala el art. 19 de la LOM y los arts. 16 y siguientes de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General. Las notificaciones de carácter tributario se sujetan a las reglas del Código Tributario.

La importancia de la publicidad de las normas, han sido analizados por el TC. Veamos algunos casos concretos:

En la STC Exp. N° 03232-2008-PA/TC:

“En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha señalado que ‘una norma no publicada simplemente no se encuentra en vigencia’ y que ‘la exigencia constitucional de que las normas sean publicadas en el diario oficial *El Peruano*, está directamente vinculada al principio de seguridad jurídica, pues solo podrán asegurarse las posiciones jurídicas de los ciudadanos, su posibilidad de ejercer y defender sus derechos, y la efectiva sujeción de estos y los poderes públicos al ordenamiento jurídico, si los destinatarios de las normas tienen una efectiva oportunidad de conocerlas’ (Cfr. STC Exp. N° 00017-2005-AI/TC, fundamentos 12-13)”.

En la STC Exp. N° 0017-2005-PI/TC, demandó que para cumplir con la obligatoriedad de la publicación de una ordenanza, debería de ser del texto íntegro y no solo de su parte aprobatoria:

“15. En consecuencia, respecto de la Ordenanza Municipal N° 027-2004-MDA, el Tribunal Constitucional considera que no se satisface los principios de publicidad de las normas y de seguridad jurídica, si la publicación solo se realiza respecto de extremos de la ordenanza que aprueban el reglamento, mientras este último permanece oculto”

En la STC Exp. N° 00578-2011-AA/TC, se declara fundada una acción de amparo, que cuestiona la aplicación de una ordenanza municipal que no había sido publicada:

“4. En el contexto de un Estado de derecho como el que fundamenta nuestro ordenamiento jurídico (arts. 3, 43 de la Constitución), el requisito de publicidad de las normas constituye un elemento constitutivo de su propia vigencia. Conforme a ello, una norma ‘no publicada’ es por definición una norma ‘no vigente’, ‘no existente’ y, por lo tanto, no surte ningún efecto.

5. Conforme a reiterada jurisprudencia de este Tribunal, la vigencia de una norma jurídica depende, en principio, de que haya sido aprobada y promulgada por los órganos competentes, y, además, que haya sido publicada conforme lo establece el último extremo del artículo 51 de la Constitución. Cumplido este procedimiento, se podrá considerar que la norma es eficaz (STC Exp. N° 0017-2005-PI/TC).

6. De conformidad con el artículo 44 de la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N° 27972, “No surten efecto las normas de gobierno municipal que no hayan cumplido con el requisito de publicación o difusión”. En consecuencia, la condición de vigencia de una ordenanza municipal en nuestro ordenamiento es que esta haya sido debidamente publicada.

7. Cabe asimismo puntualizar que el referido artículo prevé que las ordenanzas municipales se publican en el diario encargado de las publicaciones judiciales de cada jurisdicción, en el caso de las municipalidades provinciales de las ciudades que cuenten con tales publicaciones, o en cualquier otro medio que asegure de manera indubitable su publicidad.

8. En concordancia con lo señalado, se observa en autos (a fojas 15 del cuadernillo del Tribunal) una copia debidamente fedateada del diario *Correo*, en el que aparecen publicadas la siguientes ordenanzas de la Municipalidad Provincial de la Concepción: Ordenanza Municipal N° 030-05-CM/MPC, Ordenanza Municipal N° 033-07-CM/MPC, Ordenanza Municipal N° 022-2008-CM/MPC, Ordenanza Municipal N° 026-2008-CM/MPC, Ordenanza Municipal N° 027-2008-CM/MPC. De dichas instrumentales se infiere que existe un diario que se encarga de las publicaciones judiciales de dicha jurisdicción y que a través de este medio se realiza la publicación de las ordenanzas municipales.

9. Específicamente en relación con la Ordenanza Municipal N° 002-2008-CM/MPC, no obra en autos documento alguno referido a la publicación de la ordenanza cuestionada en el diario encargado de las publicaciones judiciales o en otro medio que asegure de manera indubitable su publicidad.

10. Si bien a fojas 93 obra el Acta de Constatación expedida por el Juez de Paz letrado de Concepción, en la que se señala:

“(…)

A criterio de este Tribunal, dicha constatación no condice con la exigencia de publicidad requerida para las ordenanzas municipales; dado que al haberse probado en autos que existe un diario encargado de las publicaciones judiciales de dicha jurisdicción, la publicación de la ordenanza cuestionada

debió realizarse mediante ese medio, situación que, como se ha visto, no ocurrió”.

Otro aspecto importante a tener en cuenta en esta sentencia del TC, es con respecto a la prescripción que alega la municipalidad, por cuanto la demanda de amparo había sido presentada ocho meses después de conocida la ordenanza. El TC resuelve:

“1. En el presente caso, tanto el juez de primer grado como la Sala correspondiente han declarado fundada la excepción de prescripción, en consecuencia, nulo todo lo actuado y concluido el proceso, con el argumento de que en el presente caso ha operado el plazo prescriptorio establecido para la interposición de la demanda de amparo por parte de la empresa agraviada, por cuanto ha interpuesto su demanda transcurrido el plazo señalado por ley.

2. El Tribunal Constitucional no comparte el criterio de las instancias judiciales toda vez que la alegada prohibición no agota su efecto con la entrada en vigor de la norma, sino que se presenta sin solución de continuidad en el tiempo en tanto la norma no sea derogada o declarada inválida. En suma, la afectación es de carácter continuado y por tanto, su impugnación a través del proceso de amparo no está sujeta al plazo prescriptorio establecido en el artículo 44 del Código Procesal Constitucional”.

ARTÍCULO 45.- DISPOSICIONES DE INTERÉS PARTICULAR

Las disposiciones municipales de interés particular se notifican en forma personal o de modo que se pueda acreditar la efectiva recepción por los interesados. Las notificaciones de carácter tributario se sujetan a las normas del Código Tributario.

CONCORDANCIAS:

C.T. Arts. 104, 105, 106
Ley N° 27972 Art. 19



COMENTARIO

Disposición concordante con la dispuesta en el art. 19 de la LOM, que establece: “El acto de la notificación tiene por objeto poner en conocimiento de los interesados el contenido de lo acordado o resuelto por los órganos de gobierno y de administración municipal. Los actos administrativos o de administración que requieren de notificación solo producen efectos en virtud de la referida notificación hecha con arreglo a lo dispuesto en esta ley y la Ley de Procedimiento Administrativo General, salvo los casos expresamente exceptuados. Las notificaciones de carácter tributario se sujetan a las normas del Código Tributario”.

Resumiendo, la publicidad es obligatoriedad para las normas de carácter general (cuya disposición afecta a toda o gran parte de la población de una jurisdicción) como las ordenanzas y los decretos de alcaldía; y la notificación, para las normas de interés

particular como los acuerdos de concejo, las resoluciones de alcaldía y demás dispositivos emitidos por la administración.

Especialmente la LOM ha establecido que deberá publicarse el Acuerdo de concejo que fija la remuneración del Alcalde y la dieta de los regidores, por un principio de transparencia, si bien guardaba coherencia cuando el monto de la remuneración y de las dietas estaba sujeto a la discrecionalidad del concejo, en el marco de su capacidad presupuestaria. Pero en la actualidad, habiéndose establecido una escala remunerativa y el límite del 30 % para las dietas, los montos son de fácil conocimiento por parte de la población, perdiendo su pertinencia la publicación del acuerdo, que es una excepción dentro de la regla de la no publicidad de los acuerdos de concejo.

SUBCAPÍTULO II

LA CAPACIDAD SANCIONADORA

ARTÍCULO 46.- SANCIONES

Las normas municipales son de carácter obligatorio y su incumplimiento acarrea las sanciones correspondientes, sin perjuicio de promover las acciones judiciales sobre las responsabilidades civiles y penales a que hubiere lugar.

Las ordenanzas determinan el régimen de sanciones administrativas por la infracción de sus disposiciones, estableciendo las escalas de multas en función de la gravedad de la falta, así como la imposición de sanciones no pecuniarias.

Las sanciones que aplique la autoridad municipal podrán ser las de multa, suspensión de autorizaciones o licencias, clausura, decomiso, retención de productos y mobiliario, retiro de elementos antirreglamentarios, paralización de obras, demolición, internamiento de vehículos, inmovilización de productos y otras.

A solicitud de la municipalidad respectiva o del ejecutor coactivo correspondiente, la Policía Nacional prestará su apoyo en el cumplimiento de las sanciones que se impongan, bajo responsabilidad.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Arts. 38 a 44, 47, 48, 49, 92, 93

Ley N° 27444 Art. 230



COMENTARIO

Las municipalidades, en tanto gobierno local, tienen la atribución de establecer infracciones administrativas y las consecuentes sanciones a los administrados.

La potestad sancionadora implica la fiscalización o actos previos, la tipificación de las conductas infractoras, la instauración del proceso administrativo sancionador y de ser el caso la aplicación de las sanciones que correspondan.

La facultad de emitir normas jurídicas de carácter obligatorio, por parte de los municipios, es correlativa al deber que tienen los ciudadanos (personas naturales y jurídicas, privadas y públicas) de respetar las disposiciones municipales, en un ambiente de pacífica convivencia; sin embargo, no siempre es así, surgiendo la figura

de la infracción, que es el quebramiento de la ley, el orden, etc. La sanción –que es resultado de la potestad sancionadora– surge como respuesta a la infracción a fin de salvaguardar el orden público, el acatamiento de las normas, como fin inmediato, y el de desincentivar conductas contrarias al orden jurídico que afectan una sana convivencia social, como fin mediato y esencial del Estado⁽⁷⁰⁾.

Sin embargo, tal facultad no se ejerce al libre albedrío de la autoridad, sino que está sujeta a una serie de conductas y reglas contenidas en un procedimiento especial denominado procedimiento sancionador que garantiza que en el ejercicio del poder sancionador no se contravengan normas de carácter constitucional o se atenten contra el derecho fundamental de los administrados⁽⁷¹⁾.

Dicho procedimiento está regulado en el Capítulo II, del Título IV, arts. 229 a 237 de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, que establece principios y reglas que necesariamente deberán observar las municipalidades, como condición y actuación previa al establecimiento de una sanción.

El art. 230 de la Ley N° 27444, establece que la potestad sancionadora está regida adicionalmente (es decir, además de los principios del procedimiento administrativo común que señala el art. IV de dicha ley) por los siguientes principios especiales:

- “1. **Legalidad.**- Solo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias

(70) La Corte Suprema, en el Exp. N° 086-1997, señala “es válido concebir que el poder punitivo del Estado se manifiesta a través de dos potestades sancionadoras, la penal y la administrativa, pues en ella subyace un elemento común consistente en el mandato imperativo de la ley que recae sobre cierta conducta del sujeto que la infringe, en búsqueda de la sana convivencia social que resulta siendo la aspiración última del Estado”.

(71) En esta línea el TC (Exp. N° 08957-2006-AA), ha establecido lo siguiente:

“8. La Corte Interamericana, en doctrina que este Tribunal suscribe, ha señalado que

(...) si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula ‘Garantías Judiciales’, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos.”(párrafo 69). “(...) Cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un ‘juez o tribunal competente’ para la ‘determinación de sus derechos’, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas.” (Párrafo 71) [La Corte ha insistido en estos postulados en los Casos Baena Ricardo, del 2 de febrero de 2001 (Párrafos 124-127) e Ivcher Bronstein, del 6 de febrero de 2001 (Párrafo 105)] (Cfr. STC Exp. N° 2050-2002-AA, Caso Ramos Colque).

9. En uniforme y reiterada jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha sostenido que

“(…) el fundamento principal por el que se habla de un debido proceso administrativo encuentra sustento en el hecho de que tanto la administración como la jurisdicción están indiscutiblemente vinculadas a la Carta Magna, de modo que si ésta resuelve sobre asuntos de interés del administrado, y lo hace mediante procedimientos internos, no existe razón alguna para desconocer las categorías invocables ante el órgano jurisdiccional. (Cfr. STC Exp. N° 4889-2004-AA)

10. De ello se infiere que el debido proceso en sede administrativa importa un conjunto de derechos y principios que forman parte de un contenido mínimo, y que constituyen las garantías indispensables con las que cuenta el administrado frente a la Administración”.

- administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad.
2. **Debido procedimiento.-** Las entidades aplicarán sanciones sujetándose al procedimiento establecido respetando las garantías del debido proceso.
 3. **Razonabilidad.-** Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observar los siguientes criterios que en orden de prelación se señalan a efectos de su graduación:
 - a) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
 - b) El perjuicio económico causado;
 - c) La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción;
 - d) Las circunstancias de la comisión de la infracción;
 - e) El beneficio ilegalmente obtenido; y
 - f) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor⁽⁷²⁾.
 4. **Tipicidad.-** Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria.
 5. **Irretroactividad.-** Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.
 6. **Concurso de infracciones.-** Cuando una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes.
 7. **Continuación de infracciones.-** Para determinar la procedencia de la imposición de sanciones por infracciones en las que el administrado incurra en forma continua, se requiere que hayan transcurrido por lo menos treinta (30) días hábiles desde la fecha de la imposición de la última sanción y que se acredite haber solicitado al administrado que demuestre haber cesado la infracción dentro de dicho plazo.

Las entidades, bajo sanción de nulidad, no podrán atribuir el supuesto de continuidad y/o la imposición de la sanción respectiva, en los siguientes casos:

 - a) Cuando se encuentre en trámite un recurso administrativo interpuesto dentro del plazo contra el acto administrativo mediante el cual se impuso la última

(72) Numeral modificado por el D. Leg. N° 1029, publicado el 24 de junio de 2008.

sanción administrativa. b) Cuando el recurso administrativo interpuesto no hubiera recaído en acto administrativo firme. c) Cuando la conducta que determinó la imposición de la sanción administrativa original haya perdido el carácter de in-fracción administrativa por modificación en el ordenamiento, sin perjuicio de la aplicación de principio de irretroactividad a que se refiere el inciso 5^o(73).

8. **Causalidad.**- La responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable.
9. **Presunción de licitud.**- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.
10. **Non bis in idem.**- No se podrán imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento.

Dicha prohibición se extiende también a las sanciones administrativas, salvo la concurrencia del supuesto de continuación de infracciones a que se refiere el inciso 7^o(74) (75).

(73) Ídem.

(74) Ídem.

(75) El TC Exp. N° 01873-2009-AA, hace la relación entre los principios del procedimiento y el proceso penal, estableciendo que: "11. De otro lado, sin ánimo de proponer una definición, conviene precisar que el objeto del procedimiento administrativo sancionador es investigar y, de ser el caso, sancionar supuestas infracciones cometidas como consecuencia de una conducta ilegal por parte de los administrados. Si bien la potestad de dictar sanciones administrativas al igual que la potestad de imponer sanciones penales, derivan del *ius puniendi* del Estado, no pueden equipararse ambas, dado que no solo las sanciones penales son distintas a las administrativas, sino que los fines en cada caso son distintos (reeducación y reinserción social en el caso de las sanciones penales y represiva en el caso de las administrativas). A ello hay que agregar que en el caso del derecho administrativo sancionador, la intervención jurisdiccional es posterior, a través del proceso contencioso administrativo o del proceso de amparo, según corresponda.

12. No obstante la existencia de estas diferencias, existen puntos en común, pero tal vez el más importante sea el de que los principios generales del derecho penal son de recibo, con ciertos matices, en el derecho administrativo sancionador. Sin agotar el tema, conviene tener en cuenta cuando menos algunos de los que son de recibo, protección y tutela en sede administrativa:

a) Principio de legalidad (*nullum crimen, nullum poena, sine lege*), conforme al cual la ley debe preceder a la conducta sancionable, determinando el contenido de la sanción. Corresponde pues a la ley delimitar el ámbito del ilícito sancionable, por expresa prescripción constitucional (artículo 2.24.d.), de modo que no puede ser objeto de regulación reglamentaria, ni mucho menos de precisiones 'extranormativas'.

b) Principio de tipicidad, en mérito al cual, la descripción legal de una conducta específica aparece conectada a una sanción administrativa. Esta exigencia deriva de dos principios jurídicos específicos; el de libertad y el de seguridad jurídica. Conforme al primero, las conductas deben estar exactamente delimitadas, sin indeterminaciones, mientras que en relación al segundo, los ciudadanos deben estar en condiciones de poder predecir, de manera suficiente y adecuada, las consecuencias de sus actos, por lo que no caben cláusulas generales o indeterminadas de infracción que permitan una actuación librada al 'arbitrio' de la administración, sino que esta sea prudente y razonada.

Conforme a este principio, los tipos legales genéricos deben estar proscritos y aunque la Administración a veces se conduzca sobre la base de estándares deontológicos de conducta, estos son insuficientes, por sí solos, para sancionar, pues aunque se pueden interpretar como conceptos jurídicos indeterminados, la sanción debe sustentarse en análisis concretos y pormenorizados de

Otra garantía a observar en el procedimiento sancionador, es el deber de motivación del acto que aplica la sanción, en la Sentencia Nº 090-2004-AA/TC, el TC ha señalado que: "(...) el deber de motivar las decisiones administrativas alcanza especial relevancia cuando en las mismas se contienen sanciones. En la medida que una sanción administrativa supone la afectación de derechos, su motivación no solo constituye una obligación legal impuesta a la Administración, sino también un derecho del administrado, a efectos de que este pueda hacer valer los recursos de impugnación que la legislación prevea, cuestionando o respondiendo las imputaciones que deben aparecer con claridad y precisión en el acto administrativo sancionador. De otro lado, tratándose de un acto de esta naturaleza, la motivación permite a la Administración poner en evidencia que su actuación no es arbitraria sino que está sustentada en la aplicación racional y razonable del derecho y su sistema de fuentes".

Asimismo, contenido en el principio de razonabilidad se encuentra el de proporcionalidad, que el TC explica (Exp. Nº 2192-2004-TC), del modo siguiente:

"17. En efecto, es en el seno de la actuación de la Administración donde el principio de proporcionalidad cobra especial relevancia, debido a los márgenes de discreción con que inevitablemente actúa la Administración para atender las demandas de una sociedad en constante cambio, pero también, debido a la presencia de cláusulas generales e indeterminadas como el interés general o el bien común, que deben ser compatibilizados con otras cláusulas o principios igualmente abiertos a la interpretación, como son los derechos fundamentales o la propia dignidad de las personas. Como bien nos recuerda López González^(*), 'En la tensión permanente entre Poder y Libertad que protagoniza el desenvolvimiento del Derecho Público y por ello también el del Derecho Administrativo, el Estado de Derecho a través de la consagración que formula el principio de legalidad y de la garantía y protección de los derechos fundamentales, exige un uso jurídico proporcionado del poder, a fin de satisfacer los intereses generales con la menos e indispensable restricción de las libertades'.

18. El principio de proporcionalidad, como ya se adelantó, está estructurado por tres subprincipios: de necesidad, de adecuación y de proporcionalidad en

los hechos, desde conceptos jurídicos y no sobre la base de juicios apodícticos o que invoquen en abstracto el honor o la dignidad de un colectivo, puesto que los tribunales administrativos no son tribunales 'de honor', y las sanciones no pueden sustentarse en una suerte de 'responsabilidad objetiva del administrado', lo que nos lleva a revisar el siguiente principio.

c) Principio de culpabilidad, que establece que la acción sancionable debe ser imputada a título de dolo o culpa, lo que importa la prohibición de la responsabilidad objetiva; esto es, que solo se puede imponer una sanción si es que la conducta prohibida y su consecuencia están previstas legalmente.

En el caso del derecho penal, es más sencillo apreciar cómo opera este principio, puesto que además de la tipificación realizada en el Código Penal y de indicarse las sanciones que se pueden imponer a título de culpa o dolo, se establecen los parámetros necesarios para que la sanción no resulte arbitraria o desproporcionada (mínimos y máximos).

d) Principio de proporcionalidad de la sanción, esto es, que la sanción que se imponga, debe corresponderse con la conducta prohibida, de modo que están prohibidas las medidas innecesarias o excesivas. Corresponde, pues, que el órgano que aplica la sanción pondere la intencionalidad o reiteración del acto así como los perjuicios causados".

(*) LÓPEZ GONZÁLES, José Ignacio. *El principio general de proporcionalidad en Derecho Administrativo*. Universidad de Sevilla, 1998, p. 108.

sentido estricto. 'De la máxima de proporcionalidad en sentido estricto se sigue que los principios son mandatos de optimización con relación a las posibilidades jurídicas. En cambio, las máximas de la necesidad y de la adecuación se siguen del carácter de los principios como mandatos de optimización con relación a las posibilidades fácticas'⁽⁷⁾. Esto supone que cuando el Tribunal se enfrenta a un caso donde existe conflicto entre dos principios constitucionales, deberá realizar no solo un ejercicio argumentativo enjuiciando las disposiciones constitucionales en conflicto (ponderación), sino también deberá evaluar también todas las posibilidades fácticas (necesidad, adecuación), a efectos de determinar si, efectivamente, en el plano de los hechos, no existía otra posibilidad menos lesiva para los derechos en juego que la decisión adoptada"⁽⁷⁶⁾.

La publicación de las ordenanzas sobre régimen de sanciones

Señala este artículo que las ordenanzas que establecen el régimen de sanciones administrativas, establecen la escala de multas en función de la gravedad de la falta, así como de la imposición de sanciones no pecuniarias. Las sanciones que puede aplicar la autoridad municipal son: multa, suspensión de autorizaciones o licencias, clausura,

(*) ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. CEL, Madrid, 2002, p. 108.

(76) En el Exp. N° 03951-2007-AA, el TC analiza la proporcionalidad en una sanción de clausura: "22. Corresponde ahora analizar si la medida de clausura impuesta resultaba proporcionada e atención a las circunstancias concretas del caso, utilizando para ello el test de proporcionalidad y los juicios de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

23. A través del juicio de adecuación, se exige que la medida impuesta tenga un fin y que sea adecuada para el logro de dicho fin. A su vez, dicho fin no debe estar constitucionalmente prohibido y debe ser socialmente relevante. Concretamente, la clausura tiene como finalidad hacer respetar el ordenamiento legal y evitar el desarrollo de actividades comerciales cuya seguridad y conformidad con el desarrollo del distrito no resulte acreditada. Asimismo, la clausura se encuentra dentro de las competencias municipales, siendo que los fines que persigue en abstracto son acordes con la Constitución y socialmente relevantes.

24. A través del juicio de necesidad, se examina si dentro del universo de medidas que puede aplicar la Administración para lograr el fin propuesto, la medida adoptada es la menos restrictiva de derechos. Al respecto, este Tribunal considera que la clausura se presenta como la medida municipal más eficaz para desincentivar el incumplimiento de las normas y a la vez velar por la seguridad y el orden en el distrito. Ello, en la medida que evita el ejercicio de actividades no verificadas por la Municipalidad a la vez que traslada al propio administrado la responsabilidad de su accionar al margen de la norma.

25. A través del juicio de proporcionalidad en sentido estricto, se persigue establecer si la medida guarda una relación razonable con el fin que se pretende alcanzar, a través de un balance entre sus costos y sus beneficios. En este punto, es de señalar que la medida solo resulta razonable si en efecto el demandante continuara sin cumplir con los requisitos para la obtención del certificado de compatibilidad de uso, pero se presentaría como arbitraria si tales observaciones fueren removidas. Por ello, resulta esencial que en la actualidad, la Municipalidad practique una nueva inspección ocular y verifique si en efecto las condiciones que determinaron la no conformidad del certificado de compatibilidad de uso fueron removidas. No obstante, y conforme al estado en el que este Tribunal conoce del caso, la medida se presenta como proporcional en la medida que hasta la fecha el demandante no ha obtenido la conformidad de la compatibilidad de uso municipal.

26. Este Tribunal deja expresa constancia, sin embargo, que si el demandante considerara que el certificado de compatibilidad de uso o la licencia de apertura de establecimiento le estuvieran siendo indebidamente negadas por la Municipalidad, pese a contar con todos los requisitos para su obtención, queda expedita la vía del proceso contencioso-administrativo para hacer valer su derecho".

decomiso, retención de productos y mobiliario, retiro de elementos antirreglamentarios, paralización de obras, demolición, internamiento de vehículos, inmovilización de productos y otras. Por tanto, la ley no establece una lista cerrada de sanciones, pudiendo aplicarse otras siempre que se cumpla con la garantía de su motivación y proporcionalidad.

Un aspecto importante a remarcar, es la obligatoriedad de que las ordenanzas que aplican sanciones sean publicadas en su integridad, de conformidad con la exigencia del TC, que en el Exp. N° 0017-2005-PI/TC, demandó que para cumplir con la obligatoriedad de la publicación de una ordenanza, debería de ser del texto íntegro y no solo de su parte aprobatoria: “15. En consecuencia, respecto de la Ordenanza Municipal N° 027-2004-MDA, el Tribunal Constitucional considera que no se satisface los principios de publicidad de las normas y de seguridad jurídica, si la publicación solo se realiza respecto de extremos de la ordenanza que aprueban el reglamento, mientras este último permanece oculto”. Esto es sustancial para superar el escaso o nulo conocimiento de los vecinos, respecto de las infracciones que son pasibles de una sanción municipal.

La conducta de la autoridad sancionadora

Otro tema que merece estudiarse con mayor profundidad, pero que queremos dejar anotado, es la poca disponibilidad de la autoridad municipal para rectificar resoluciones atentatorias del debido procedimiento administrativo y de los principios del procedimiento sancionador. Casi siempre, las resoluciones de las gerencia, pese a contener vacíos, falta de motivación, excesos de punición, etc., no son corregidas por el superior jerárquico, quien las confirma sin hacer un mayor análisis de lo resuelto en la instancia inferior; hay una conducta cerrada y en bloque de la entidad en todas las instancias, que se ve favorecida por la imposibilidad del administrado de recurrir a un tercero independiente en forma inmediata. Si bien las figuras del contencioso-administrativo y el abuso del derecho pueden corregir, en teoría, los actos de la administración fuera de la ley, tales decisiones o nunca llegan o llegan tarde y con ninguna consecuencia para el emisor del acto.

Los sujetos pasibles de sanción

Los sujetos pasibles de infracción y sanción son los particulares, empresas e instituciones que realizan conductas sancionables dentro del ámbito de una jurisdicción municipal determinada. Así, el infractor puede ser cualquier persona no importa que no sea vecino o domicilie en la jurisdicción de que se trate. En el caso de las personas jurídicas o de patrimonios autónomos, serán responsables por el incumplimiento que realice una persona natural representante o que mantenga un vínculo laboral con la empresa.

Las sanciones administrativas son personales. Sin embargo, cuando el incumplimiento de las obligaciones o las conductas infractoras correspondan a varias personas, estas responderán en forma solidaria, de acuerdo a lo que establezca la ordenanza respectiva.

En mérito a este artículo, la imposición de una sanción administrativa no impide el derecho del gobierno local para interponer una denuncia penal, en el caso que considere que existen elementos suficientes para presumir la comisión de un delito, en este caso deberá solicitar al Concejo Municipal la autorización para que el procurador público municipal proceda de acuerdo a sus funciones.

ARTÍCULO 47.- MULTAS

El concejo municipal aprueba y modifica la escala de multas respectivas. Las multas de carácter tributario se sujetan a lo establecido por el Código Tributario. La autoridad municipal no puede aplicar multas sucesivas por la misma infracción ni por falta de pago de una multa. Asimismo, no puede hacerlo por sumas mayores o menores que las previstas en la escala aprobada.

CONCORDANCIAS:

Ley Nº 27972 Arts. 38 a 44, 46

Ley Nº 27444 Art. 230

C.T. Arts. 180, 181



COMENTARIO

La multa es siempre una sanción pecuniaria, consistente en el pago de una suma de dinero ante el incumplimiento de una norma legal o reglamentaria, que además esté determinada como conducta sancionable en la ordenanza de infracciones y sanciones correspondiente. Puede ser aplicable en forma independiente o puede concurrir con otra sanción de naturaleza no pecuniaria (suspensión de licencia, cierre, paralización temporal, clausura, etc.). El monto de la multa está sujeta a una escala previamente definida y aprobada, por lo que la autoridad no puede aplicar sumas mayores o menores a las allí previstas. Su imposición y pago no libera al autor de la ejecución de la prestación de hacer o de no hacer para subsanar el hecho que generó la sanción.

En términos generales, las multas se extinguen por pago, compensación, condonación, prescripción, resolución de recuperación onerosa, o muerte del infractor (son personalísimas).

ARTÍCULO 48.- DECOMISO Y RETENCIÓN

La autoridad municipal debe disponer el decomiso de artículos de consumo humano adulterados, falsificados o en estado de descomposición; de productos que constituyen peligro contra la vida o la salud y de los artículos de circulación o consumo prohibidos por la ley; previo acto de inspección que conste en acta y en coordinación con el Ministerio de Salud, el Ministerio de Agricultura, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual (Indecopi) u otro vinculado al tema, con la participación del Ministerio Público.

Las especies en estado de descomposición y los productos de circulación o consumo prohibidos se destruyen o eliminan inmediatamente bajo responsabilidad de los órganos municipales respectivos.

Los productos que no se encuentran incursos en los párrafos anteriores están sujetos a retención ante la verificación de infracciones municipales determinadas en la norma municipal respectiva. Producida la retención, se deberá extender copia del acta y constancia de los bienes retenidos al infractor, bajo responsabilidad. Procede la devolución

inmediata de los productos cuando el sancionado cumple con las multas o demás sanciones y subsana la infracción por la que fue pasible de la sanción.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Arts. 38 a 44, 46, 47, 80

Ley N° 27444 Art. 230



COMENTARIO

El decomiso es la sanción no pecuniarias, consistente en incautar o privar de las posesiones o bienes sin compensación, pasando ellas al erario público o son destruidas o eliminadas en forma inmediata. La retención por su parte consiste en la privación temporal ante la verificación de las infracciones municipales, las que serán devueltas al infractor si cumple con las multas y/o demás sanciones y subsana la infracción; de no cumplir con las sanciones, los productos pasan al erario público.

El decomiso procede en el caso de artículos de consumo humano adulterados, falsificados o en estado de descomposición, de productos que constituyen peligro contra la vida o la salud y de los artículos de circulación o consumo prohibido por la ley. En este caso las acciones son inmediatas y estando la Administración facultada para actuar sin contar con un procedimiento administrativo previo, porque estamos frente a una situación de hecho contraria al orden público (Exp. N° 00467-2009-PA/TC). Sin embargo, para su legalidad, debe seguirse un acto previo de inspección que conste en acta y en coordinación con el Ministerio de Salud, el Ministerio de Agricultura, el Indecopi u otro vinculado a la materia de inspección y con la participación del Ministerio Público.

Por otro lado, la retención es una sanción de ejecución inmediata por la cual se le priva al infractor de la posesión temporal de sus bienes, productos o mercadería, que son aquellos que no están sujetos a decomiso. Pueden ser retenidos los productos de establecimientos comerciales, industriales y de servicios, que no cuentan con la licencia de funcionamiento o autorización respectiva, los bienes que se comercializan en la vía pública sin autorización, o los vehículos estacionados en zonas prohibidas por la ley o los reglamentos municipales, por citar los casos más comunes. Si el infractor cumple la sanción correspondiente, se le devolverá sus productos.

La ordenanza municipal deberá fijar el plazo a partir del cual la municipalidad puede disponer de los bienes, que es un asunto no contemplado en la LOM.

ARTÍCULO 49.- CLAUSURA, RETIRO O DEMOLICIÓN

La autoridad municipal puede ordenar la clausura transitoria o definitiva de edificios, establecimientos o servicios cuando su funcionamiento está prohibido legalmente o constituye peligro o riesgo para la seguridad de las personas y la propiedad privada o la seguridad pública, o infrinjan las normas reglamentarias o de seguridad del sistema de defensa civil, o produzcan olores, humos, ruidos u otros efectos perjudiciales para la salud o la tranquilidad del vecindario.

La autoridad municipal puede ordenar el retiro de materiales o la demolición de obras e instalaciones que ocupen las vías públicas o mandar ejecutar la orden por cuenta del infractor; con el auxilio de la fuerza pública o a través del ejecutor coactivo, cuando corresponda.

La autoridad municipal puede demandar autorización judicial en la vía sumarísima para la demolición de obras inmobiliarias que contravengan las normas legales, reglamentos y ordenanzas municipales.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Arts. 38 a 44, 46, 78, 93

Ley N° 27444 Art. 230

C.P.C. Art. 546:6)



COMENTARIO

Esta norma regula tres tipos de sanciones a ser aplicadas en la vía administrativa municipal: la clausura (temporal o definitiva), el retiro y la demolición.

La clausura

La clausura es la sanción no pecuniaria que consiste en la prohibición de funcionamiento temporal o definitivo de inmuebles, establecimientos comerciales, industriales o de servicios cuando su funcionamiento está prohibido legalmente o constituye peligro o riesgo para la seguridad de las personas y la propiedad privada o la seguridad pública, o infrinjan las normas reglamentarias o de seguridad del sistema de defensa civil, o produzcan olores, humos, ruidos u otros efectos perjudiciales para la salud o la tranquilidad del vecindario.

Sobre la naturaleza de esta sanción, el TC en el Exp. N° 00467-2009-PA/TC ha señalado lo siguiente: “Respecto de la posibilidad municipal de clausurar locales, este Tribunal ya ha explicado que este tipo de medidas estará justificada “si es motivada por el interés público, pudiendo determinarse su nulidad si es que resultara arbitraria, es decir, si es que no es posible identificar un interés público en la clausura” [STC Exp. N° 03951-2007-PA/TC, f. j. 6].

En tal sentido, estas potestades de las municipalidades, dispuestas en el artículo 49 de la Ley Orgánica de Municipalidades, son la manifestación de la función de policía de la Administración, es decir, “aquella que le permite limitar la libertad y la propiedad de los administrados mediante el ejercicio de la coacción, y cuya finalidad no es otra que posibilitar el ejercicio de los derechos y libertades de los propios ciudadanos, garantizar la seguridad ciudadana y velar por el desarrollo urbano del territorio de su competencia” [STC Exp. N° 03951-2007-PA/TC, f. j. 8]. Así, sin contar con un acto administrativo previo la Administración está facultada para actuar contra una situación de hecho contraria al orden público. Esto no significa que tales resoluciones no puedan ser fiscalizadas por el ente jurisdiccional. Por el contrario, tal poder de coacción merece una especial supervisión a fin de evitar abusos por parte de la Administración municipal”. “(...) es claro que la demandante venía desnaturalizando la licencia que tenía para el giro de restaurantes, chifas, ceviches, pollerías, motivo por el cual no resultan irrazonable ni desproporcionados las medidas tomadas por la municipalidad, habiendo actuado la

demandada de manera coherente con la protección del interés público y su labor fiscalizadora. En efecto, si bien la actora contaba con una licencia, también es cierto que venía realizando actividades propias de otro rubro, motivo por el cual resulta legítima la intervención efectuada por la Municipalidad”.

Queda claro entonces que la municipalidad está facultada para actuar sin un procedimiento previo, pero dependerá del tipo de sanción de que se trate⁽⁷⁷⁾. Como señala el TC (Exp. N° 01050-2008-PA/TC), “(...) la alegación del demandante en el sentido de exigir la celebración de un procedimiento administrativo sancionador como requisito para el cierre de su local no resulta atendible, toda vez que el artículo 49 de la Ley Orgánica de Municipalidades establece una serie de supuestos en los que la sola verificación del hecho por parte de la municipalidad autoriza la ejecución inmediata de la medida de clausura, la misma que podría ser, sin embargo, cuestionada con posterioridad en sede administrativa. En contraposición, la norma exige, para el caso de la demolición, el trámite de una autorización judicial. Asimismo, el trámite de un procedimiento previo no resulta exigible para el caso de autos, toda vez que al no contar el demandante con una licencia que haga posible el ejercicio de su actividad empresarial como terminal terrestre, la misma se presenta como una actividad al margen de la Ley, que como tal, estaría perjudicando el interés público al no haberse verificado que la actividad de este cumple con los requisitos legales exigidos para garantizar la seguridad pública y el desarrollo urbano del distrito”.

Véase otros pronunciamientos del TC respecto al comercio y las sanciones municipales, en nuestros comentarios al art. 83 de la LOM.

El retiro

Es una sanción que consiste en la remoción de elementos que se instalan sin la debida autorización o sin observar las disposiciones legales o reglamentarias, como es el caso de los materiales de construcción, escombros, desmontes, avisos publicitarios o cualquier otro elemento que se haya colocado de manera irregular en área de uso público o privado, que afecte el ornato, que obstaculice el libre tránsito de persona o vehículos o que de alguna manera suponga un riesgo a la sana convivencia o integridad física de las personas.

(77) En el Exp. N° 03951-2007-AA, el TC explica sobre las actuaciones sin procedimiento previo:

“19. En este sentido, no toda limitación de derechos exige el trámite de un procedimiento administrativo sancionador previo. Tal procedimiento no resultará necesario para supuestos como el presente, en donde la actividad empresarial del demandante es ejercida al margen de la Ley, sin contar con licencia, perjudicando con ello el interés público al no haberse verificado que su actividad sea coherente con el desarrollo urbano del distrito.

20. Tolerar el ejercicio de una actividad que no cuenta con los requisitos mínimos exigidos por la Ley supone incrementar indebidamente un riesgo para la seguridad pública y amenazar el desarrollo urbano del distrito, perjudicando así la calidad de vida de los vecinos del distrito y el valor de su propiedad. En esa medida, no resulta acorde con las exigencias de la función de policía de la Administración y su deber de garantizar la seguridad pública.

21. Por ello, este Tribunal considera que en el presente caso, no existe vulneración del derecho al debido procedimiento administrativo cuando se impone una medida de clausura temporal al establecimiento comercial del demandante, sin para ello habersele seguido previamente un procedimiento administrativo sancionador”.

La sanción de demolición

La demolición es una sanción que consiste en la destrucción o eliminación total o parcial de una obra ejecutada en contravención de las normas legales, reglamentarias u ordenanzas municipales, o sin respetar los parámetros establecidos en la licencia respectiva o que ponga en peligro la salud, la seguridad o la vida de los vecinos.

Es una sanción extrema, por lo que en este caso debe existir necesariamente un procedimiento administrativo sancionador previo, con todas las garantías para el administrado.

Adicionalmente, el TC en cuanto a la demolición, mediante sentencia recaída en el Exp. N° 04068-2008-PA/TC, ha establecido que las demoliciones que contravengan las normas legales, reglamentos y ordenanzas municipales, requieren **necesariamente** de una autorización judicial para ser ejecutadas, precisando que : “Conforme a lo anterior [se refiere al texto del artículo 49 de la LOM], en el caso de demoliciones sobre obras que contravengan las normas legales, reglamentos y ordenanzas municipales, la autoridad municipal requiere necesariamente le sea concedida una autorización judicial, para realizar la demolición en cuestión, sin que le resulte posible ejecutar dicha medida sin contar con la referida autorización judicial. En este sentido, no resulta posible a la municipalidad ejecutar la referida medida sino hasta que la misma hubiere sido autorizada judicialmente conforme se desprende del artículo 49 de la Ley Orgánica de Municipalidades. No obstante ello, en el presente caso no se observa que el demandado haya pretendido ejecutar la medida en cuestión, sino tan solo que la misma ha sido ordenada por el ejecutor coactivo, lo cual se constituye como un paso previo para solicitar la autorización judicial correspondiente”.

Nosotros hemos sido críticos a esta posición extrema del TC en otra publicación⁽⁷⁸⁾, y nuestros argumentos son expuestos al comentar el art. 93 de la LOM, lectura que recomendamos para tener un alcance mayor de la figura de la demolición como sanción municipal.

En concreto, de acuerdo a lo establecido por el TC, para aplicar la sanción de demolición la autoridad municipal debe: 1. instaurar el procedimiento administrativo sancionador que concluya con una sanción para el administrado; 2. la sanción debe quedar consentida o firme; y, 3. solicitar la autorización judicial para ejecutar el acto de demolición correspondiente.

(78) MÁLLAP RIVERA, Johnny. “La sanción de demolición o la demolición de la autoridad municipal. Comentario a la STC Exp. N° 04068-2008-PA/TC”. En: *Gaceta Constitucional*. N° 18. Gaceta Jurídica, Lima, julio, 2009, p. 347.

SUBCAPÍTULO III

LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

ARTÍCULO 50.- AGOTAMIENTO DE VÍA ADMINISTRATIVA Y EXCEPCIONES

La vía administrativa se agota con la decisión que adopte el alcalde, con excepción de los asuntos tributarios y lo estipulado en el artículo siguiente.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Arts. 20:33), 39, 43, 52

Ley N° 27444 Art. 218



COMENTARIO

Este artículo guarda concordancia con el art. 39 de la LOM, que precisa que: “El Alcalde ejerce las funciones ejecutivas de gobierno señaladas en la presente ley mediante decretos de alcaldía. Por resoluciones de alcaldía resuelve los asuntos administrativos a su cargo”, el art. 43 que señala: “Las resoluciones de alcaldía aprueban y resuelven los asuntos de carácter administrativo”, el art. 20 inc. 33 de la LOM, que señala que es atribución del alcalde “Resolver en última instancia administrativa los asuntos de su competencia de acuerdo al Texto Único de Procedimientos Administrativos de la Municipalidad”, el art. 52 de la LOM, que prescribe que “agotada la vía administrativa proceden las siguientes acciones: (...) 3. Acción contencioso-administrativa, contra los acuerdos del concejo municipal y las resoluciones que resuelven asuntos de carácter administrativo”.

Por tanto, mediante los dispositivos antes señalados, se reconoce la competencia jurídica de los gobiernos locales para, resolver los asuntos de su competencia y cualquier controversia, como un paso previo obligado para el control posterior del Poder Judicial.

Morón Urbina, analiza los alcances del agotamiento de la vía administrativa: “La doctrina ha sostenido alternativa y/o concurrentemente que la exigencia del agotamiento de la vía previa, persigue como finalidades: producir una etapa conciliatoria previa a la controversia judicial; dar a la administración pública la posibilidad de revisar decisiones, subsanar errores y promover su autocontrol jerárquico de lo actuado por sus instancias inferiores, reforzar la presunción de legitimidad de los actos administrativos, para que no llegue al cuestionamiento judicial, actos irreflexivos o inmaduros; y limitar

la promoción de acciones judiciales precipitadas contra el Estado. En suma, la regla fija la frontera entre la vía judicial y la vía gubernativa, señalando el momento hasta el cual será exigible debatir el tema en el fuero administrativo y, como correlato, a partir de cuándo queda habilitado el administrado para acceder a la tutela judicial efectiva⁽⁷⁹⁾.

El procedimiento a seguir en el ámbito local, será el Procedimiento Administrativo General de la Ley N° 27444 y demás leyes aplicables a la Administración Pública (como, por ejemplo, la Ley del Silencio Administrativo N° 29060), ya que las municipalidades no cuentan con un procedimiento especial, y su inicio se sujeta a lo estipulado por la Ley N° 27444, de oficio⁽⁸⁰⁾, por denuncia⁽⁸¹⁾ o por ejercicio del derecho de petición⁽⁸²⁾.

(79) MORÓN URBINA; Ob. cit., p. 639.

(80) **Ley N° 27444: Art. 103.-** "El procedimiento administrativo es promovido de oficio por el órgano competente o instancia del administrado, salvo que por disposición legal o por su finalidad corresponda ser iniciado exclusivamente de oficio o a instancia del interesado. **Art. 104.-** "Inicio de oficio. 104.1. Para el inicio de oficio de un procedimiento debe existir disposición de autoridad superior que la fundamente en ese sentido, una motivación basada en el cumplimiento de un deber legal o el mérito de una denuncia. 104.2. El inicio de oficio del procedimiento es notificado a los administrados determinados cuyos intereses o derechos protegidos puedan ser afectados por los actos a ejecutar, salvo en caso de fiscalización posterior a solicitudes o a su documentación, acogidos a la presunción de veracidad. La notificación incluye la información sobre la naturaleza, alcance y de ser previsible, el plazo estimado de su duración, así como de sus derechos y obligaciones en el curso de tal actuación. 104.3. La notificación es realizada inmediatamente luego de emitida la decisión, salvo que la normativa autorice que sea diferida por su naturaleza confidencial basada en el interés público".

(81) **Ley N° 27444: Art. 105.-** "Derecho a formular denuncias. 105.1. Todo administrado está facultado para comunicar a la autoridad competente aquellos hechos que conociera contrarios al ordenamiento, sin necesidad de sustentar la afectación inmediata de algún derecho o interés legítimo, ni que por esta actuación sea considerado sujeto del procedimiento. 105.2. La comunicación debe exponer claramente la relación de los hechos, las circunstancias de tiempo, lugar y modo que permitan su constatación, la indicación de sus presuntos autores, partícipes y damnificados, el aporte de la evidencia o su descripción para que la administración proceda a su ubicación, así como cualquier otro elemento que permita su comprobación. 105.3. Su presentación obliga a practicar las diligencias preliminares necesarias y, una vez comprobada su verosimilitud, a iniciar de oficio la respectiva fiscalización. El rechazo de una denuncia debe ser motivado y comunicado al denunciante, si estuviere individualizado".

(82) **Ley N° 27444: Art. 106.-** "Derecho de petición administrativa. 106.1. Cualquier administrado, individual o colectivamente, puede promover por escrito el inicio de un procedimiento administrativo ante todas y cualesquiera de las entidades, ejerciendo el derecho de petición reconocido en el artículo 2 inciso 20) de la Constitución Política del Estado. 106.2. El derecho de petición administrativa comprende las facultades de presentar solicitudes en interés particular del administrado, de realizar solicitudes en interés general de la colectividad, de contradecir actos administrativos, las facultades de pedir informaciones, de formular consultas y de presentar solicitudes de gracia. 106.3. Este derecho implica la obligación de dar al interesado una respuesta por escrito dentro del plazo legal".

STC Exp. N° 03410-2010-PA/TC: "(...) 6. Conforme a la jurisprudencia de este Colegiado, el derecho de petición establece los siguientes deberes de la administración: a) 'Facilitar los medios para que el ciudadano pueda ejercitar el derecho de petición sin trabas absurdas o innecesarias. b) Abstenerse de cualquier forma o modo de sancionamiento al peticionante, por el solo hecho de haber ejercido dicho derecho. c) Admitir y tramitar el petitorio. d) Resolver en el plazo señalado por la ley de la materia la petición planteada; ofreciendo la correspondiente fundamentación de la determinación. e) Comunicar al peticionante la decisión adoptada' (Cfr. STC Exp. N° 1042-2002-AA/TC, fundamento 2.2.4, último párrafo). 7. Últimamente se ha ratificado que su contenido esencial está conformado por dos aspectos: el primero es el relacionado estrictamente con la libertad reconocida a cualquier persona para formular pedidos escritos a la autoridad

Específicamente, en lo que se refiere al agotamiento de la vía administrativa, el art. 218 de la Ley N° 27444, señala lo siguiente: “Artículo 218.- Agotamiento de la vía administrativa. 218.1. Los actos administrativos que agotan la vía administrativa podrán ser impugnados ante el Poder Judicial mediante el proceso contencioso-administrativo a que se refiere el artículo 148 de la Constitución Política del Estado. 218.2. Son actos que agotan la vía administrativa: a) El acto respecto del cual no proceda legalmente impugnación ante una autoridad u órgano jerárquicamente superior en la vía administrativa o cuando se produzca silencio administrativo negativo, salvo que el interesado opte por interponer recurso de reconsideración, en cuyo caso la resolución que se expida o el silencio administrativo producido con motivo de dicho recurso impugnativo agota la vía administrativa; o b) El acto expedido o el silencio administrativo producido con motivo de la interposición de un recurso de apelación en aquellos casos en que se impugne el acto de una autoridad u órgano sometido a subordinación jerárquica; o c) El acto expedido o el silencio administrativo producido con motivo de la interposición de un recurso de revisión, únicamente en los casos a que se refiere el artículo 210 de la presente Ley; o d) El acto que declara de oficio la nulidad o revoca otros actos administrativos en los casos a que se refieren los artículos 202 y 203 de esta Ley; o e) Los actos administrativos de los Tribunales o Consejos Administrativos regidos por leyes especiales”.

Con respecto al inc. c) no se aplica en sede municipal; en el caso del inc. d) si es aplicable para los asuntos de su competencia que resuelven los concejos municipales, teniendo en cuenta que el art. 52 de la LOM, señala que procede el contencioso-administrativo contra los acuerdos de concejo. Los demás si son aplicables en el procedimiento administrativo municipal; por tanto, con la resolución emitida por el alcalde se agota la vía administrativa, pudiendo el administrado optar por contradecir o reconsiderar la resolución de alcaldía o interponer una acción contencioso-administrativa.

Desde otra óptica –y en preocupación que compartimos por los constantes abusos de la autoridad administrativa respecto de los derechos y garantías de los administrativos a un procedimiento justo– el profesor Guillermo Guerra Cruz, advierte los peligros que puede acarrear el agotamiento de la vía administrativa: “Hemos dicho que la Vía Administrativa es el camino que se recorre previo a la Vía Judicial, camino previo que, no pocas veces, constituye una forma de encubrir injusticias, pues, el cumplimiento ineludible de este paso, puede significar pérdida de tiempo o hasta poner a la persona en trances difíciles para poder hacer valer su derecho en sede judicial. Por eso, la legislación procedimental ha de obligar a la administración a ser lo suficientemente ágil y eficaz. Este objetivo ha sido razón de trabajo permanente para los hombres de Derecho”⁽⁸³⁾.

competente; y el segundo, unido irremediamente al anterior, está referido a la obligación de la referida autoridad de otorgar una respuesta al peticionante (Cfr. STC Exp. N° 05265-2009-PA/TC, Fundamento 4). 8. Y tal respuesta oficial ‘(...), deberá necesariamente hacerse por escrito y en el plazo que la ley establezca. Asimismo, la autoridad tiene la obligación de realizar todos aquellos actos que sean necesarios para evaluar materialmente el contenido de la petición y expresar el pronunciamiento correspondiente, el mismo que contendrá los motivos por los que se acuerda acceder o no a lo peticionado, debiendo comunicar lo resuelto al interesado o interesados’ (Cfr. STC Exp. N° 05265- 2009-PA/TC, fundamento 5)”.

(83) GUERRA CRUZ, Guillermo. *El Procedimiento Administrativo. Derecho Administrativo Procesal*. Marsol Editores, Trujillo, Perú, 1999, p. 317.

Las excepciones a la regla y la acción de amparo

Este artículo señala como regla general que la vía administrativa se agota con la decisión que adopte el alcalde, con excepción de los asuntos tributarios y la reconsideración de un acuerdo de concejo (lo comentamos en el art. 51 de la LOM).

Los asuntos tributarios

Los asuntos tributarios se rigen por las leyes especiales de la materia, actuando la administración municipal como primera instancia y el Tribunal Fiscal como segunda y definitiva instancia en sede administrativa, materia que comentamos en el art. 70 de la LOM.

La diferencia entre el procedimiento general, que se agota con lo resuelto por el alcalde, y los asuntos tributarios, se ve claramente en el Exp. N° 00829-2008-PA/TC, en el cual se interpone demanda de amparo contra el Alcalde de la Municipalidad Distrital de La Esperanza, solicitando se declare inaplicable la Resolución N° 1076-2007-MDE del 25 de mayo de 2007, toda vez que ha vulnerado su derecho al debido procedimiento administrativo, y concretamente, su derecho a la doble instancia. Refiere que no obstante lo dispuesto en la Ley, el alcalde dirime su solicitud en instancia única sin darle la posibilidad de recurrir de dicha decisión en sede administrativa municipal. El TC resuelve: “3. Que al respecto el artículo 50 de la Ley Orgánica de Municipalidades establece expresamente que “la vía administrativa se agota con la decisión que adopte el alcalde, con excepción de los asuntos tributarios (...) 4. Que en el caso de autos la demandante venía solicitando ante la Municipalidad la prescripción de la deuda que mantenía por concepto de impuesto predial, cuestión que constituye materia tributaria y en esa medida correspondía haber sido impugnada ante el Tribunal Fiscal como requisito para agotar la vía administrativa. En tal virtud y al no configurarse alguna de las excepciones del art. 46 del Código Procesal Constitucional para el agotamiento de la vía previa; la demanda debe ser desestimada”.

Las excepciones en el proceso de amparo

Pero existe otra excepción al agotamiento de la vía administrativa, es lo regulado por el Código Procesal Constitucional - Ley N° 28237, que señala en su art. 45: “El amparo solo procede cuando se hayan agotado las vías previas. En caso de duda sobre el agotamiento de la vía previa se preferirá dar trámite a la demanda de amparo”, y en su art. 46: “No será exigible el agotamiento de las vías previas si: 1) Una resolución, que no sea la última en la vía administrativa, es ejecutada antes de vencerse el plazo para que quede consentida; 2) Por el agotamiento de la vía previa la agresión pudiera convertirse en irreparable; 3) La vía previa no se encuentra regulada o ha sido iniciada innecesariamente por el afectado; o 4) No se resuelve la vía previa en los plazos fijados para su resolución”.

Sobre el agotamiento de la vía previa, el TC ha señalado lo siguiente (Exp. N° 02833-2006-AA):

(...)

“5. Sobre la finalidad del agotamiento de la vía previa, debe destacarse que este Tribunal en la STC Exp. N° 0895-2001-AA/TC, haciendo referencia al agotamiento de la vía administrativa, que también resulta aplicable a las vías previas, ha establecido que “[l]a exigencia de agotarse la vía administrativa antes de

acudir al amparo constitucional se fundamenta en la necesidad de brindar a la Administración la posibilidad de revisar sus propios actos, a efectos de posibilitar que el administrado, antes de acudir a la sede jurisdiccional, pueda en esa vía solucionar, de ser el caso, la lesión de sus derechos e intereses legítimos’.

6. Y es que la exigencia del agotamiento de la vía previa tiene por objeto preservar el carácter subsidiario del proceso de amparo, evitando que el acceso a esta jurisdicción constitucional se produzca sin dar oportunidad a la Administración Pública de pronunciarse y, en definitiva, de remediar la lesión que luego se invoca en el proceso de amparo, pues conforme al artículo 38 de la Constitución tiene el deber ‘de respetar, cumplir y defender la Constitución’.

7. No obstante su obligatoriedad, existen determinadas circunstancias que pueden convertir el agotamiento de la vía administrativa en un requisito perverso o en un ritualismo inútil, particularmente, cuando de la afectación de derechos fundamentales se trata. En tales casos, se exige al administrado de cumplir esta obligación. Las variables, en sentido enunciativo, de esas excepciones se encuentran recogidas en el artículo 46 del CPConst.

8. De otro lado, debe señalarse que, **tratándose de agresiones atribuidas a las entidades que conforman la Administración Pública, la vía previa viene constituida por la vía administrativa**, que siempre viene configurada por los recursos administrativos y el procedimiento administrativo, que son conocidos, tramitados y resueltos al interior de la propia entidad. En cambio, tratándose de agresiones atribuidas a particulares o personas jurídicas, el afectado estará sujeto a tal exigencia, únicamente si el estatuto de aquella contempla el referido procedimiento, ya que según el inciso 3) del artículo 46 del CPConst. no será exigible el agotamiento de las vías previas si esta ‘no se encuentra regulada’ (resaltado nuestro).

9. Para que se cumpla el agotamiento de la vía previa, no basta la sola presentación de los recursos administrativos por parte del demandante, sino que estos deben cumplir con los requisitos establecidos por la ley para su validez y eficacia administrativa. Asimismo, los recursos administrativos, para que den inicio al agotamiento de la vía previa y suspendan el cómputo del plazo de prescripción, deben ser presentados en el plazo legalmente estipulado para ello, ya que un acto administrativo que no es impugnado dentro del plazo adquiere la calidad de cosa decidida, y porque el recurso presentado fuera del plazo no conlleva el inicio de la vía previa, por cuanto esta es un efecto propio y reservado a los recursos que se interponen dentro del plazo legalmente estipulado para ello”.

Otro ejemplo de control del TC sobre la actuación municipal, vía el proceso de amparo, lo constituye el Exp. N° 03531-2011-PA/TC, sobre licencias de construcción, silencio administrativo y nulidad de actos administrativos, donde el TC declaró que la municipalidad vulneró el principio de legalidad y el derecho al debido procedimiento administrativo de la empresa demandante al declarar de oficio la nulidad de la resolución que le otorgó (tras la aplicación del silencio administrativo positivo) una licencia de obra nueva para la construcción de un edificio. Los magistrados coincidieron en señalar: primero, que la declaración de nulidad de oficio de un acto administrativo solo puede producirse, de acuerdo con los arts. 10 y 202 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, siempre que este agrave el interés público; y segundo, que la entidad demandada no había cumplido con acreditar dicho agravio.

Hace bien el TC al precisar que el acto administrativo municipal debe ceñirse a las exigencias legales: respetar el procedimiento preestablecido, acreditar el agravio al interés público y seguir un procedimiento debido. El efecto del otorgamiento de una licencia de obra, es determinar la adquisición de los derechos de construcción y desarrollo: faculta el inicio de una inversión y todo lo que implica. ¿Se puede anular una licencia de obra o edificación? Claro. Pero es correcto lo que señala el TC que el acto debe ceñirse a lo estipulado en los arts. 10 y 202 de la Ley N° 27444; seguir el procedimiento preestipulado (legalidad), acreditar el agravio al interés público (Exp. N° 0090-2004-AA/TC: “El interés público tiene que ver con aquello que beneficia a todos (...) Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa”) y seguir el procedimiento previo a la declaración de nulidad. La municipalidad yerra al exigir procedimientos no contemplado en el TUPA, al no sustentar el agravio al interés general y al no otorgarle al administrado el derecho de defensa. Morón Urbina cita la Cas. N° 2266-2004-Puno, donde se establece que la nulidad de oficio, en el marco del debido procedimiento administrativo, exige poner en conocimiento del administrado el inicio del acto, a efectos de otorgarle la posibilidad de ejercer su derecho de defensa. En cuanto al proceso contencioso-administrativo, consideramos que no es una vía igualmente satisfactoria en este caso, restituir la eficacia de una licencia de obra ilegalmente anulada es de urgencia (hay una obra paralizada) por las connotaciones económicas y sociales, así como los derechos constitucionales inmersos (empresa y trabajo). Pero, además, porque las nulidades deben ser restringidas al máximo, luchar contra la arbitrariedad en el ámbito administrativo, es un asunto esencial para una Estado constitucional⁽⁸⁴⁾.

(84) Relacionado con este asunto, también lo resuelto en el Exp. N° 02680-2011-AA, donde la controversia se centra en dilucidar si la municipalidad emplazada emitió la resolución cuestionada (nulidad de oficio) sin que previamente se haya puesto en conocimiento de la sociedad demandante la existencia del procedimiento administrativo que generó su emisión, pese a que la decisión a adoptarse podría incidir negativamente en los intereses del titular de la licencia de edificación. El citado procedimiento administrativo, según refiere la Sociedad demandante, se efectuó de conformidad con lo dispuesto por la Ordenanza N° 1275-MML y su reglamento, Decreto de Alcaldía N° 001. En su defensa, la comuna emplazada ha referido que la pretensión demandada debe ser ventilada en el proceso contencioso administrativo; que actuó de conformidad con sus facultades, en virtud del procedimiento dispuesto por la Ordenanza N° 1275-MML; y que de acuerdo con los numerales 202.1 al 202.5 del artículo 202 de la Ley N° 27444, relativos a la nulidad de oficio, no existe la obligatoriedad de impulsar la nulidad de oficio como un nuevo procedimiento administrativo con la consiguiente notificación al administrado y su incorporación al procedimiento, motivo por el cual sostiene que la Gerencia de Desarrollo Urbano ha actuado en estricto y cabal cumplimiento de la Ley N° 27444 y la citada ordenanza, no habiéndose vulnerado ningún derecho fundamental. El TC resuelve declarando fundada la demanda, sosteniendo: ‘11. Dicho lo anterior, corresponde precisar que:

“[L]a actividad estatal se rige por el principio de legalidad, el cual admite la existencia de los actos reglados y los actos no reglados o discrecionales.

Respecto a los actos no reglados o discrecionales, los entes administrativos gozan de libertad para decidir sobre un asunto concreto dado que la ley, en sentido lato, no determina lo que deben hacer o, en su defecto, cómo deben hacerlo.

En puridad, se trata de una herramienta jurídica destinada a que el ente administrativo pueda realizar una gestión concordante con las necesidades de cada momento’ (STC Exp. N° 0090-2004-PA/TC, fundamento 8).

En tal sentido, y como regla general, corresponderá aplicar a los actos administrativos no reglados o discrecionales el silencio administrativo negativo como fórmula de garantía a favor del administrado peticionante ante la ausencia de respuesta de la administración en el plazo legal establecido,

para efectos de habilitarle las herramientas legales pertinentes que le permitan cuestionar el acto administrativo ficto, ya sea a nivel administrativo o judicial.

Por otro lado, cuando se trata de los actos administrativos reglados, la Administración se encuentra en el supuesto de aquellos actos que se producen como consecuencia del cumplimiento de los requisitos que la ley regula para determinados supuestos, escenario en el que, por ejemplo, encontramos a los actos administrativos de aprobación automática. En estos casos la ley establece de manera taxativa los efectos del silencio administrativo (silencio administrativo positivo: artículo 1 de la Ley N° 29060, o silencio administrativo negativo: Primera Disposición Transitoria, complementaria y final de la Ley N° 29060).

12. Atendiendo a lo expuesto, cabe señalar que la ordenanza en la cual se basa la resolución cuestionada tiene por finalidad efectuar una revisión de actos administrativos emitidos por municipalidades distritales de la ciudad de Lima que presenten graves transgresiones a la normatividad oficial vigente en materia de sistema vial, zonificación, seguridad pública, edificación y medio ambiente; en tal sentido, dicha ordenanza lo que en el fondo ha regulado es una suerte de procedimiento extraordinario de revisión de actos administrativos firmes que gozan de la presunción de veracidad, pues su objeto es revisar la legitimidad en la expedición de la licencia de edificación (o habilitación urbana), a la cual ha accedido un administrado. Mal, entonces, podría equipararse las consecuencias de este particular procedimiento con los efectos que por naturaleza corresponde desplegar a los procedimientos de control previo, dado que su finalidad no es calificar o decidir sobre la petición del denunciante –que en el caso pretende la nulidad de un acto administrativo–, sino fiscalizar la validez de un acto administrativo firme con relación a las normas legales vigentes.

Consecuentemente, pese a que el citado procedimiento pudo haber sido denominado como de control previo, en los hechos las consecuencias de su aplicación no se condicen con la naturaleza de un procedimiento con dichas características, pues la legitimación otorgada al administrado denunciante lo que pretende es la nulidad de un acto administrativo existente y no la emisión de un acto administrativo que genere un derecho de orden administrativo a su favor. Por tal razón, el presente procedimiento viene a ser uno de control posterior.

(...)

15. Sin perjuicio de lo expuesto y aun cuando en el presente caso el procedimiento regulado en la Ordenanza 1275-MML no hubiera sido el aplicado para declarar la nulidad de la Resolución de Licencia de Edificación N° 2213-2009, sino el procedimiento de nulidad de oficio regulado por el artículo 202 de la Ley N° 27444, corresponde precisar que en un Estado Constitucional y Social de Derecho, la Administración no se encuentra prohibida de incorporar al trámite de dicho procedimiento la participación del tercero que podría verse afectado con la nulidad del acto administrativo o de aquel órgano administrativo que lo expidió, con la finalidad de que se les permita ejercer la defensa de la validez del acto administrativo, conforme se ha expuesto en el fundamento precedente, pues corresponde recordar que 'dentro de estos sujetos obligados para con el respeto y protección de los derechos fundamentales se encuentran todos los poderes públicos, es decir, los entes que forman parte del Estado, independientemente de su condición de órgano constitucional, legal o administrativo, y los grados e intensidad de autonomía que para con ellos el ordenamiento haya podido prever (...)' (STC Exp. N° 03179-2004-PA/TC, fundamento 17).

16. Por otro lado, cabe precisar que la notificación de la resolución que declara la nulidad del acto administrativo, a la que se refiere el artículo 9.3 *in fine* del citado reglamento, no puede interpretarse como una suerte de incorporación al trámite de dicho procedimiento, pues la finalidad de la citada notificación únicamente le permite al administrado perjudicado con la nulidad del acto administrativo que tenía a su favor y a la Municipalidad emisora de dicho acto conocer la culminación del procedimiento, sin permitírsele la posibilidad de impugnación alguna en sede administrativa, pues conforme lo dispone el citado numeral –y que en la normativa vigente ha sido recogido en el mismo sentido–, dicho pronunciamiento pone fin a la vía administrativa.

17. En tal sentido, consideramos que corresponde declarar fundada la demanda en la medida que se ha evidenciado que con la emisión de la resolución cuestionada la Municipalidad emplazada ha vulnerado los derechos de defensa y el debido procedimiento de la sociedad recurrente, hecho que a su vez ha incidido negativamente en el libre ejercicio de su derecho de propiedad

ARTÍCULO 51.- RECONSIDERACIÓN DE ACUERDOS

El 20% (veinte por ciento) de los miembros hábiles del concejo pueden solicitar la reconsideración respecto de los acuerdos, en estricta observancia de su reglamento de organización interna y dentro del tercer día hábil contado a partir de la fecha en que se adoptó el acuerdo.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Arts. 17, 18



COMENTARIO

La reconsideración de acuerdos a que se refiere este artículo, es el que puede impulsar el 20 % de los miembros hábiles del Concejo (para el cómputo debe seguirse la reglas del art. 18 de la LOM⁽⁸⁵⁾) con el objeto de solicitar la reconsideración de sus propios acuerdos.

Hay que aclarar que esta reconsideración no es el recurso a que se refiere la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, sino una atribución de los miembros del concejo para solicitar una nueva revisión de un acuerdo ya adoptado, conforme a lo estipulado en su Reglamento de organización interna y dentro del tercer día hábil a partir de la fecha en que se adoptó el acuerdo. Si no estuviera contemplado en el reglamento interno, desde nuestro punto de vista no limita el ejercicio de la reconsideración, por ser una atribución que le concede la LOM, aplicándose supletoriamente el procedimiento general, en cuanto a que debe fundamentarse el pedido, debe hacerlo el 20 % de los miembros hábiles y debe ejercerse dentro del plazo de los tres días hábiles desde la fecha del acuerdo que se cuestiona. Si se establece fuera de este plazo, debe ser rechazado de plano.

Esta disposición es importante en la línea histórica del procedimiento municipal, ya que la LOM derogada, establecía que los miembros del Concejo Distrital podían apelar ante el Concejo Provincial, las ordenanzas, edictos y decretos, en este caso con lo resuelto por el concejo provincial quedaba agotada la vía administrativa. De igual modo, el Concejo Provincial podía ejercer similar derecho ante el Consejo Regional, y con lo resuelto por este quedaba agotada la vía administrativa. En consecuencia, con la actual LOM se refuerza las municipalidades, reconociéndoles la autonomía que les concede la Constitución, como verdaderos gobiernos locales en el ámbito de su jurisdicción.

y libertad de empresa, razones por las cuales corresponde ordenar a la emplazada que asuma el pago de los costos procesales de conformidad con lo dispuesto por el artículo 56 del Código Procesal Constitucional, los cuales deberán ser liquidados en la etapa de ejecución de la presente sentencia”.

(85) LOM: “Para efecto del cómputo del quórum y las votaciones, se considera en el número legal de miembros del concejo municipal, al alcalde y los regidores elegidos conforme a la ley electoral correspondiente. Se considera como número hábil de regidores el número legal menos el de los regidores con licencia o suspendidos”.

ARTÍCULO 52.- ACCIONES JUDICIALES

Agotada la vía administrativa proceden las siguientes acciones:

1. Acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional contra las ordenanzas municipales que contravengan la Constitución.
2. Acción popular ante el Poder Judicial contra los decretos de alcaldía que aprueben normas reglamentarias y/o de aplicación de las ordenanzas o resuelvan cualquier asunto de carácter general en contravención de las normas legales vigentes.
3. Acción contencioso-administrativa, contra los acuerdos del concejo municipal y las resoluciones que resuelvan asuntos de carácter administrativo.

Las acciones se interponen en los términos que señalan las leyes de la materia. Si no hubiera ley especial que precise el término, este se fija en 30 (treinta) días hábiles, computados desde el día siguiente de publicación o notificación, según sea el caso

CONCORDANCIAS:

Const. Arts. 148, 200:4)5), 203, 204
Ley N° 28237 Arts. 87, 110
Ley N° 27584 Art. 1



COMENTARIO

El procedimiento administrativo, afirma Comadira, “cumple una ‘función de garantía’, al proteger tanto al interés público como al particular frente a la ilegitimidad o inconveniencia de obrar de la Administración Pública, siendo sus principios susceptibles de protección judicial”⁽⁸⁶⁾.

De allí la importancia que el procedimiento administrativo sea llevado con respeto a la Constitución, la LOM y las garantías del debido procedimiento administrativo (que engloba los demás principios a que hace referencia la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General). Pero como la Administración Pública no es infalible, este artículo faculta recurrir a la instancia constitucional y judicial; de conformidad con los arts. 200 y 148 de la Constitución Política del Estado⁽⁸⁷⁾.

(86) COMADIRA, Julio Rodolfo. *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Anotada y comentada*. Tomo I, Buenos Aires, 2002, p. 49. (Citado por LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro. “Los Principios del Procedimiento Administrativo”. En: *Estudios en homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz. Derecho Administrativo*. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 2005, p. 180).

(87) **Constitución Política: Artículo 148.-** “Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa. **Artículo 200.-** Son garantías constitucionales: 1. La Acción de Hábeas Corpus, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos. 2. La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente. No procede contra normas legales ni contra Resoluciones Judiciales emanadas de procedimiento regular. 3. La Acción de Hábeas Data, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2, incisos 5) y 6) de la Constitución. 4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos

Un primer aspecto que llama la atención es que este artículo precisa que la acción de inconstitucionalidad se dirige contra “ordenanzas municipales que contravengan la constitución” ¿Acaso no dice la Constitución en su art. 200 que la acción de inconstitucionalidad procede contra normas que contravenga la constitución en la forma o en el fondo? ¿Es una acotación innecesaria? Creemos que el legislador ha optado por dicha precisión con el objeto de dejar claramente establecido que la acción de inconstitucionalidad no procede en el caso de ordenanzas que contravengan leyes, ordenanzas municipales o regionales. Sobre este último aspecto, es interesante comentar lo resuelto por el TC en la sentencia recaída en el Exp. N° 007-2002-AI/TC, interpuesta por la Municipalidad de Lima Metropolitana contra la Ley N° 27580, que dispone medidas de protección que debe aplicar el Instituto Nacional de Cultura para la ejecución de obras en bienes culturales inmuebles. En ella el TC analiza el tema de si la colisión de dos normas legales genera un problema de inconstitucionalidad, señalando que:

“(…)

3. Sobre el particular, es conveniente precisar que a través de la acción de inconstitucionalidad, este Tribunal evalúa si una ley o una norma con rango de ley transgrede, por la forma o por el fondo, la Norma Suprema. Se trata, en principio, de un juicio abstracto respecto a dos normas de diversa jerarquía. Por un lado, la Constitución, que actúa como parámetro, en la medida que es la *lex legum*; y, por otro, la ley o las normas con rango de ley, que constituyen las fuentes sometidas a ese control.

La inconstitucionalidad de una ley, prima facie, se genera por la incompatibilidad entre las fuentes legales sometidas a control, y la Constitución, y no porque una de ellas colisione, viole o transgreda a otra de su misma jerarquía. Y es que no se presenta un problema de **validez constitucional** cada vez que se produce la colisión de dos normas del mismo rango, sino un típico problema de antinomia, resoluble conforme a las técnicas que existen en nuestro ordenamiento jurídico (v.g. ‘ley especial deroga ley general’, ‘ley posterior deroga ley anterior’, etc.).

Desde esta perspectiva, el Tribunal Constitucional considera que en una acción de inconstitucionalidad es absolutamente intrascendente que una ley determinada colisione contra otra ley u otra norma de su mismo rango, pues de allí no se deriva la invalidez constitucional de la ley colisionante. Menos, por supuesto, que la colisión se presente, concurrente o alternativamente, con una norma de rango infralegal, como puede ser el caso de un decreto supremo, en cuyo caso la fuerza pasiva de la norma con rango legal simplemente expulsa del ordenamiento

de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo. 5. La Acción Popular, que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen. 6. La Acción de Cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley. Una ley orgánica regula el ejercicio de estas garantías y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad de las normas. El ejercicio de las acciones de hábeas corpus y de amparo no se suspende durante la vigencia de los regímenes de excepción a que se refiere el artículo 137 de la Constitución. Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio”.

a la de menor jerarquía. Por ello, si uno de los argumentos para que se declare inconstitucional la ley impugnada era por su colisión con la Ley N° 27157 y su reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 008-2000-MTC, tal debe ser desestimado de plano”.

La acción de inconstitucionalidad y su diferencia con los de conflictos de competencia

En la STC Exp. N° 0001-2009-PCC/TC, el TC precisa la aplicación de la acción de inconstitucionalidad contra las ordenanzas municipales, diferenciándola del proceso de conflicto de competencia, en un caso donde la Municipalidad Distrital de La Molina, interpone demanda de conflicto de competencia contra la Municipalidad Metropolitana de Lima, alegando que esta última se encuentra adoptando determinadas decisiones que afectan las competencias que la Constitución, la Ley Orgánica de Municipalidades N° 27972 y la Ley de Bases de la Descentralización N° 27783 le reconocen. El TC declara improcedente la demanda, estableciendo lo siguiente:

“(…)

3. Que de autos fluye que la Municipalidad demandante pretende que se declare sin efecto, nulos o inaplicables en todo su contenido los alcances de la Ordenanza N° 1169-MML, emitida por la demandada Municipalidad Metropolitana de Lima, en tanto que a través de ella se establecen modificaciones a la Ordenanza N° 1144-MML que aprueba el Plano de Zonificación del distrito de La Molina, toda vez que, a su juicio, ello supone una afectación en las competencias que la Constitución, la Ley Orgánica de Municipalidades N° 27972 y la Ley de Bases de la Descentralización N° 27783 le reconocen.

4. Que conforme se aprecia de la demanda el conflicto versa sobre una competencia o atribución expresada en una ordenanza municipal, esto es, en una norma con rango de ley.

5. Que para casos como el de autos, el artículo 110 del Código Procesal Constitucional expresamente dispone, en su párrafo segundo, que si el conflicto versare sobre una competencia o atribución expresada en una norma con rango de ley, el Tribunal Constitucional declarará que la vía adecuada para ventilar la controversia es el proceso de inconstitucionalidad.

6. Que en ese sentido en virtud de los principios procesales constitucionales, en particular del principio *pro actione*, y atendiendo a que conforme con el artículo 202.2 de la Constitución, el Tribunal Constitucional es el órgano competente para conocer, en instancia única, la demanda de inconstitucionalidad, correspondería que este Tribunal adecue y trámite la demanda de autos como un proceso de inconstitucionalidad.

7. Que sin embargo, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 203 de la Constitución y el artículo 99 del Código Procesal Constitucional, la demandante Municipalidad Distrital de La Molina no se encuentra facultada para interponer una demanda de inconstitucionalidad al carecer de la legitimidad extraordinaria señalada. En consecuencia, a juicio del Tribunal Constitucional la demanda debe ser declarada improcedente.

8. Que sin perjuicio de lo expuesto el Tribunal Constitucional estima pertinente señalar que dado que la cuestionada Ordenanza data del mes de setiembre de

2008, la comuna recurrente cuenta aún, de acuerdo a lo prescrito por el artículo 100 del Código Procesal Constitucional, con un plazo más que suficiente para, si lo considera pertinente, interponer formalmente la demanda de inconstitucionalidad que corresponde, para lo cual deberá tener presente lo dispuesto por el inciso 5 del artículo 203 de la Constitución, que señala que la demanda de inconstitucionalidad contra una ordenanza municipal, le corresponde ser interpuesta al uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial por ser este el titular de tal legitimidad para obrar activa extraordinaria”.

Para diferenciar, entonces, si estamos frente a un caso de conflicto de competencia o de inconstitucionalidad, debe primar lo establecido por el segundo párrafo del art. 110 del Código Procesal Constitucional, que precisa que si el conflicto versare sobre una **competencia o atribución expresada en una norma con rango de ley** (que el ámbito municipal, son las ordenanzas), la vía adecuada para ventilar la controversia es la acción de inconstitucionalidad.

La acción de inconstitucional y de acción popular, se aplicarán según las reglas estipuladas en la Ley N° 28237 - Código Procesal Constitucional. De acuerdo con su art. 87, el plazo para interponer la demanda de acción popular prescribe a los cinco años contados desde el día siguiente de publicación de la norma; la demanda de inconstitucionalidad de una norma debe interponerse dentro del plazo de seis años contado a partir de su publicación, salvo el caso de los tratados en que el plazo es de seis meses. Vencidos los plazos indicados, prescribe la pretensión, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 51 y por el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución.

La acción contencioso-administrativa, se regulará por lo estipulado en la Ley N° 27584 - Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo. De acuerdo, con esta Ley procede la demanda contra toda actuación realizada en ejercicio de potestades administrativas. Son impugnables en este proceso las siguientes actuaciones administrativas:

1. Los actos administrativos y cualquier otra declaración administrativa.
2. El silencio administrativo, la inercia y cualquier otra omisión de la Administración Pública.
3. La actuación material que no se sustenta en acto administrativo.
4. La actuación material de ejecución de actos administrativos que transgrede principios o normas del ordenamiento jurídico.
5. Las actuaciones u omisiones de la Administración Pública respecto de la validez, eficacia, ejecución o interpretación de los contratos de la administración pública, con excepción de los casos en que es obligatorio o se decida, conforme a ley, someter a conciliación o arbitraje la controversia.
6. Las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la Administración Pública.

En el proceso contencioso administrativo podrán plantearse pretensiones con el objeto de obtener lo siguiente:

1. La declaración de nulidad, total o parcial o ineficacia de actos administrativos.
2. El reconocimiento o restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de las medidas o actos necesarios para tales fines.

3. La declaración de contraria a derecho y el cese de una actuación material que no se sustente en acto administrativo.
4. Se ordene a la administración pública la realización de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo firme.
5. La indemnización por el daño causado con alguna actuación impugnada, conforme al artículo 238 de la Ley N° 27444, siempre y cuando se plantee acumulativamente a alguna de las pretensiones anteriores.

La demanda deberá ser interpuesta dentro de los siguientes plazos:

1. Cuando el objeto de la impugnación sean las actuaciones a que se refieren los numerales 1, 3, 4, 5 y 6 del artículo 4 de dicha Ley⁽⁸⁸⁾, el plazo será de tres meses a contar desde el conocimiento o notificación de la actuación impugnada, lo que ocurra primero.
2. Cuando la ley faculte a las entidades administrativas a iniciar el proceso contencioso administrativo de conformidad al segundo párrafo del artículo 11 de dicha ley⁽⁸⁹⁾, el plazo será el establecido en la Ley de Procedimiento Administrativo General, salvo disposición legal que establezca plazo distinto.
3. Cuando se trate de silencio administrativo negativo, se observará lo establecido en el numeral 188.5 del artículo 188 de la Ley N° 27444 Ley del Procedimiento Administrativo General. Carece de eficacia el pronunciamiento hecho por la administración una vez que fue notificada con la demanda. Si el acto expreso se produce antes de dicha notificación, el órgano jurisdiccional podrá, a solicitud

(88) **Ley N° 27584: Artículo 4.- “Actuaciones impugnables.** Conforme a las previsiones de la presente Ley y cumpliendo los requisitos expresamente aplicables a cada caso, procede la demanda contra toda actuación realizada en ejercicio de potestades administrativas.

Son impugnables en este proceso las siguientes actuaciones administrativas:

1. Los actos administrativos y cualquier otra declaración administrativa.
2. El silencio administrativo, la inercia y cualquier otra omisión de la Administración Pública.
3. La actuación material que no se sustenta en acto administrativo.
4. La actuación material de ejecución de actos administrativos que transgrede principios o normas del ordenamiento jurídico.
5. Las actuaciones u omisiones de la Administración Pública respecto de la validez, eficacia, ejecución o interpretación de los contratos de la administración pública, con excepción de los casos en que es obligatorio o se decida, conforme a ley, someter a conciliación o arbitraje la controversia.
6. Las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la Administración Pública”.

(89) **Ley N° 27584.- Artículo 11.- “Legitimidad para obrar activa**

Tiene legitimidad para obrar activa quien afirme ser titular de la situación jurídica sustancial protegida que haya sido o esté siendo vulnerada por la actuación administrativa impugnada materia del proceso.

También tiene legitimidad para obrar activa la entidad pública facultada por ley para impugnar cualquier actuación administrativa que declare derechos subjetivos; previa expedición de resolución motivada en la que se identifique el agravio que aquella produce a la legalidad administrativa y al interés público, y siempre que haya vencido el plazo para que la entidad que expidió el acto declare su nulidad de oficio en sede administrativa”.

del actor, incorporar como pretensión la impugnación de dicho acto expreso o concluir el proceso.

Cuando se trate de inercia o cualquier otra omisión de las entidades distinta del silencio administrativo negativo, no se computará plazo para interponer la demanda.

4. Cuando se trate de silencio administrativo positivo por transcurso del plazo previsto en la Ley del Procedimiento Administrativo General o por normas especiales, el plazo para el tercero legitimado será de tres meses.
5. Cuando se pretenda impugnar actuaciones materiales que no se sustenten en actos administrativos el plazo será de tres meses a contar desde el día siguiente en que se tomó conocimiento de las referidas actuaciones.

Cuando la pretensión sea planteada por un tercero al procedimiento administrativo que haya sido afectado con la actuación administrativa impugnada, los plazos previstos en el presente artículo serán computados desde que el tercero haya tomado conocimiento de la actuación impugnada.

Los plazos antes referidos son de caducidad.

Es requisito para la procedencia de la demanda contencioso-administrativa, el agotamiento de la vía administrativa conforme a las reglas establecidas en la Ley de Procedimiento Administrativo General o por normas especiales, a los cuales nos hemos referido en nuestros comentarios al art. 50 de la LOM. No será exigible el agotamiento de la vía administrativa en los siguientes casos:

1. Cuando la demanda sea interpuesta por una entidad administrativa en el supuesto contemplado en el segundo párrafo del artículo 11 de dicha Ley.
2. Cuando en la demanda se formule como pretensión la prevista en el numeral 4 del artículo 5 de dicha Ley. En este caso el interesado deberá reclamar por escrito ante el titular de la respectiva entidad el cumplimiento de la actuación omitida. Si en el plazo de quince días a contar desde el día siguiente de presentado el reclamo no se cumpliera con realizar la actuación administrativa el interesado podrá presentar la demanda correspondiente.
3. Cuando la demanda sea interpuesta por un tercero al procedimiento administrativo en el cual se haya dictado la actuación impugnada.
4. Cuando la pretensión planteada en la demanda esté referida al contenido esencial del derecho a la pensión y, haya sido denegada en la primera instancia de la sede administrativa.

Los procedimientos en caso de barrera burocrática

En procedimiento especial, contempla el art. 48 de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General (modificado por la Ley N° 28996), que señala:

“La Presidencia del Consejo de Ministros tendrá a su cargo garantizar el cumplimiento de las normas establecidas en el presente capítulo en todas las entidades de la administración pública, sin perjuicio de las facultades atribuidas a la Comisión de Acceso al Mercado del Instituto Nacional de la Competencia y Defensa de la Propiedad Intelectual, en el artículo 26 BIS del Decreto Ley

Nº 25868 y en el artículo 61 del Decreto Legislativo Nº 776 para conocer y resolver denuncias que los ciudadanos o agentes económicos le formulen sobre el tema.

Cuando en un asunto de competencia de la Comisión de Acceso al Mercado, la barrera burocrática haya sido establecida por un decreto supremo, una resolución ministerial o una norma municipal o regional de carácter general, dicha Comisión se pronunciará, mediante resolución, disponiendo su inaplicación al caso concreto. La resolución de la Comisión podrá ser impugnada ante la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi.

Sin perjuicio de la inaplicación al caso concreto, la resolución será notificada a la entidad estatal que emitió la norma para que pueda disponer su modificación o derogación.

Asimismo, tratándose de procedimientos iniciados de oficio por la Comisión de Acceso al Mercado, el Indecopi podrá interponer la demanda de acción popular contra barreras burocráticas contenidas en decretos supremos, a fin de lograr su modificación o derogación y, con el mismo propósito, acudir a la **Defensoría del Pueblo para que se interponga la demanda de inconstitucionalidad contra barreras burocráticas contenidas en normas municipales** y regionales de carácter general, que tengan rango de ley” (resaltado nuestro).

TÍTULO IV

EL RÉGIMEN ECONÓMICO MUNICIPAL

CAPÍTULO I EL PRESUPUESTO

SUBCAPÍTULO ÚNICO LOS PRESUPUESTOS PARTICIPATIVOS MUNICIPALES Y LA CONTABILIDAD

ARTÍCULO 53.- PRESUPUESTO DE LOS GOBIERNOS LOCALES

Las municipalidades se rigen por presupuestos participativos anuales como instrumentos de administración y gestión, los cuales se formulan, aprueban y ejecutan conforme a la ley de la materia, y en concordancia con los planes de desarrollo concertados de su jurisdicción. El presupuesto participativo forma parte del sistema de planificación.

Las municipalidades, conforme a las atribuciones que les confiere el artículo 197 de la Constitución, regulan la participación vecinal en la formulación de los presupuestos participativos.

El presupuesto municipal debe sustentarse en el equilibrio real de sus ingresos y egresos y estar aprobado por el concejo municipal dentro del plazo que establece la normatividad sobre la materia.

Para efectos de su administración presupuestaria y financiera, las municipalidades provinciales y distritales constituyen pliegos presupuestarios cuyo titular es el alcalde respectivo.

CONCORDANCIAS:

Const.	Arts. 31, 197
Ley N° 27658	Art. 9
Ley N° 27783	Arts. 17, 19, 20, 21, 32
Ley N° 27867	Arts. 11-B, 21: b) p: num. 2), 32
Ley N° 27972	Arts. 9: 1), 53, 97, 99, 100: 1), 103, 104
Ley N° 28056	Art. 1



COMENTARIO

La base del presupuesto participativo lo constituye la relación Estado y sociedad, con la finalidad de definir acciones y políticas de desarrollo, de allí que el presente

artículo señale que el presupuesto participativo es un instrumento de administración y gestión. “El Estado democrático que está diseñado y definido en la Constitución Política, se relaciona con la sociedad, no solo por la legitimidad que le otorga la ciudadanía a través del proceso electoral, sino también porque la sociedad manifiesta sus anhelos y demandas a través de contactos formales o informales con las autoridades constituidas. El diálogo entre Estado y sociedad es lo que define las prioridades a que debe atenerse el Gobierno para la construcción de un país más próspero y justo”⁽⁹⁰⁾.

La experiencia modelo de presupuesto participativo para América del Sur, es la de la Municipalidad de Porto Alegre (Brasil). Un resumen de esta renovadora medida local:

“Porto Alegre es la capital del Estado de Rio Grande do Sul. Tiene 1 290 000 habitantes y está situada en el centro de una región metropolitana de 3 millones de habitantes. Hasta los primeros años de la década de los ochenta, Porto Alegre experimentó un acelerado proceso de crecimiento de su población, que junto con una fuerte concentración de los ingresos, generó una gran inestabilidad y que dejó a una tercera parte de la población en zonas periféricas de la ciudad sin infraestructuras urbanas.

Esta población ha sido históricamente olvidada por todos los gobiernos municipales anteriores. En 1989 había una enorme cantidad de personas que vivían en barrios ilegales de la ciudad, sin alcantarillado ni calles pavimentadas, y cuyas chabolas carecían de agua potable. Eso suponía una enorme deuda de los poderes públicos con una parte muy importante de la población. Cuando se inició el sistema de Presupuesto Participativo se pudo comprobar que algunas personas habían estado luchando por conseguir un sistema de alcantarillado o el pavimento de las calles durante más de 30 o 40 años.

El Gobierno totalmente centralizado y no democrático era un obstáculo insalvable para establecer una relación de transparencia con la sociedad. El Ayuntamiento decidía las inversiones, dejando a la población totalmente al margen del proceso, y sus prioridades eran muy distintas a las de una parte muy importante de la población.

Además de esto, la ciudad se enfrentaba a un desequilibrio financiero y administrativo de naturaleza estructural. Los ingresos del Ayuntamiento provenientes de los impuestos eran completamente desequilibrados e insuficientes para financiar ni siquiera una mínima parte de las obras públicas que se debían realizar para equilibrar el crecimiento de la ciudad y comenzar a pagar la deuda social contraída con los millones de ciudadanos que vivían en la miseria.

En 1989, cuando empezó a funcionar el sistema de Presupuesto Participativo, este se enfrentó a una difícil situación que, además de la novedad del sistema, logró una modesta participación de la población. En 1990, la participación se mantuvo muy restringida, especialmente por las dificultades de financiación que el Ayuntamiento atravesaba. A partir de ese momento, cuando la ciudad recuperó su capacidad de inversión, gracias a una profunda reforma fiscal, el

(90) URIBE KAJAT, Justina; GARCÍA GONZALES, Víctor y DE LA CRUZ QUINTANILLA, Luis. *Ley Marco del Empleo Público Ley N° 28175. Análisis y Comentarios*. 2005, Lima.

Presupuesto Participativo recibió un fuerte impulso. El Gobierno comenzó a tener fondos para abordar las demandas y la población empezó a sentir y a ver con sus propios ojos que se respetaban sus decisiones y que esto repercutía en un mejor nivel de vida.

A partir de 1991, el Presupuesto Participativo se convirtió en un proceso masivo y emocionante que empezó a movilizar a las comunidades de todos los barrios. En 1994, por ejemplo, más de 11 000 personas, y en 1995, más de 14 000 acudieron a los encuentros y asambleas regionales dirigidas y coordinadas por el Ayuntamiento. Si añadimos a este número de personas la enorme cantidad de asociaciones locales y organizaciones populares participantes, tendríamos más de 100 000 personas ligadas de alguna manera a la elaboración del Presupuesto de la ciudad. Además de esto, cerca de mil entidades y asociaciones se han inscrito para participar en este Presupuesto⁽⁹¹⁾.

Así nace el presupuesto participativo, como una institución de fuerte raigambre popular. Posteriormente, ha tenido reconocimiento legal en Brasil a través del art. 116 de la Ley Orgánica Municipal, que prescribe: "Queda garantizada la participación de la comunidad, a partir de las regiones del municipio, en las etapas de elaboración, definición y acompañamiento de la ejecución del plan plurianual, de las directrices presupuestarias y del presupuesto anual".

La base jurídica del Presupuesto Participativo es la siguiente:

- Constitución Política: arts. 31 y 197
- Ley N° 27658.- Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado (30/01/2002): art. 9
- Ley N° 27783.- Ley de Bases de la Descentralización (20/07/2002): arts. 17, 19, 20, 21, 32
- Ley N° 27867.- Ley Orgánica de Gobiernos Regionales (18/11/2002): arts. 11-B, 21: b) p: num. 2), 32
- Ley N° 27972.- Ley Orgánica de Municipalidades (27/05/2003): arts. 9: 1), 53, 97, 99, 100: 1), 103, 104
- Ley N° 28056.- Ley Marco del Presupuesto Participativo (08/08/2003)

La regulación del presupuesto se dio por vez primera con la emisión de la vigente LOM. Las características del presupuesto participativo, de acuerdo con el presente artículo, son las siguientes:

- a) Los presupuestos participativos son instrumentos de administración y gestión. La Ley Marco del Presupuesto Participativo, en su art. 1 lo define como un proceso, en los términos siguientes: "El proceso del presupuesto participativo es un mecanismo de asignación equitativa, racional, eficiente, eficaz y transparente de los recursos públicos, que fortalece las relaciones Estado - Sociedad Civil. Para ello los gobiernos regionales y gobiernos locales promueven el desarrollo de mecanismos y estrategias de participación en la programación de

(91) En: <<http://www.habitat.aq.upm.es/bpal/onu/bp049.html>>.

sus presupuestos, así como en la vigilancia y fiscalización de la gestión de los recursos públicos”.

Una atingencia con respecto al segundo párrafo del artículo que comentamos, el cual señala que en concordancia con el art. 197 de la Constitución las municipalidades, regulan la participación vecinal en la **formulación** del presupuesto participativo, lo que ha dado pie a una interpretación restrictiva respecto de los momentos de la participación vecinal dentro del proceso; lo cual ha sido aclarado por el art. 1 de la Ley Marco que señala que las municipalidades regulan mecanismos y estrategias de participación en la programación, vigilancia y fiscalización del presupuesto.

- b) Los presupuestos participativos se sustentan en los planes de desarrollo concertados de su jurisdicción; es decir, se sustentan en las orientaciones, compromisos, aportes y prioridades establecidos en los planes de desarrollo concertados a nivel regional, provincial y distrital, considerando los requerimientos de los sectores sociales y productivos. La Ley Marco del Presupuesto Participativo, señala en su art. 8 que: “Los gobiernos regionales y gobiernos locales, para efecto del proceso de programación participativa del presupuesto, toman como base, de acuerdo a su ámbito territorial, el plan de desarrollo concertado, según corresponda, los cuales constituyen instrumentos orientadores de inversión, asignación y ejecución de los recursos, así como de la gestión individual y colectiva, tanto de las organizaciones sociales como de los organismos e instituciones públicas o privadas promotoras del desarrollo”.
- c) Su formulación, aprobación y ejecución se rige por una ley especial; y en el marco de esta, las municipalidades pueden regular la participación vecinal en la formulación y vigilancia de los presupuestos participativos.
- d) El presupuesto participativo forma parte del Sistema de planificación y debe sustentarse en el equilibrio real de sus ingresos y egresos.

Disposición concordante con el art. IX del Título Preliminar de la LOM, que señala: “El proceso de planeación local es integral, permanente y participativo, articulando a las municipalidades con sus vecinos. En dicho proceso se establecen las políticas públicas de nivel local, teniendo en cuenta las competencias y funciones específicas exclusivas y compartidas establecidas para las municipalidades provinciales y distritales. El sistema de planificación tiene como principios la participación ciudadana a través de sus vecinos y organizaciones vecinales, transparencia, gestión moderna y rendición de cuentas, inclusión, eficiencia, eficacia, equidad, imparcialidad y neutralidad, subsidiariedad, consistencia con las políticas nacionales, especialización de las funciones, competitividad e integración”.

- e) El presupuesto participativo debe ser aprobado por el Concejo respectivo. Disposición concordante con el numeral 1 del art. 9 de la LOM, que dispone que corresponde al Concejo Municipal aprobar los planes de desarrollo y el presupuesto participativo.

Principios rectores en la elaboración del presupuesto participativo

Ya hemos señalado antes, que el presupuesto participativo es un proceso, y como tal es un conjunto de actividades regladas que se realizan alternativa o simultáneamente, con el objeto de tomar decisiones con participación de la sociedad civil y con la finalidad

de recoger las aspiraciones y necesidades de la sociedad, para considerarlos en los presupuestos y promover su ejecución a través de programas y proyectos prioritarios, de modo que les permita alcanzar los objetivos estratégicos de desarrollo humano, integral y sostenible. Asimismo, busca optimizar el uso de los recursos a través de un adecuado control social en las acciones públicas. Este proceso está regido por principios o postulados rectores, que sirven de guía tanto para el desenvolvimiento del proceso como para el comportamiento de los agentes participantes, los cuales son:

1. **Participación.**- Los gobiernos locales promueven el desarrollo de mecanismos y estrategias de participación de la sociedad civil, en la programación de su presupuesto, en concordancia con sus planes de desarrollo concertados; así como, en la vigilancia y fiscalización de la gestión de los recursos públicos.

Principio, además, concordante con las competencias municipales en materia de participación vecinal, de: a) Promover, apoyar y reglamentar la participación vecinal en el desarrollo local, b) Establecer instrumentos y procedimientos de fiscalización, c) Organizar los registros de organizaciones sociales y vecinales de su jurisdicción, a que hace referencia el numeral 5 del art. 73 de la LOM. Cualquier reglamentación en materia de participación vecinal, debe ser aprobada por el Concejo para su validez y vigencia, a tenor del numeral 34 del art. 9 de la LOM, que determina que es competencia de dicho órgano aprobar los espacios de concertación y participación vecinal, a propuesta del alcalde, así como reglamentar su funcionamiento.

2. **Transparencia.**- Los presupuestos de los gobiernos regionales y gobiernos locales son objeto de difusión por todos los medios posibles de información, a fin de que la población pueda tener conocimiento de ellos.

Disposición concordante con el art. 148 de la LOM, que señala: “Los gobiernos locales están sujetos a las normas de transparencia y sostenibilidad fiscal y a otras conexas en su manejo de los recursos públicos; dichas normas constituyen un elemento fundamental para la generación de confianza de la ciudadanía en el accionar del Estado, así como para alcanzar un manejo eficiente de los recursos públicos. Para tal efecto, se aprobarán normas complementarias que establezcan mecanismos efectivos para la rendición de cuentas. Los gobiernos locales deberán contar con portales de transparencia en Internet, siempre y cuando existan posibilidades técnicas en el lugar. En los lugares en que no se cuente con presupuesto para implementar los portales de transparencia, se cumplirá con publicar periódicamente la información respectiva a través de otro medio de comunicación social”.

3. **Igualdad.**- Las organizaciones de la sociedad tienen las mismas oportunidades para intervenir y participar sin discriminaciones de carácter político, ideológico, religioso, racial o de otra naturaleza, en los procesos de planificación y presupuesto participativo.
4. **Tolerancia.**- Es la garantía de reconocimiento y respeto a la diversidad de opiniones, visiones y posturas de quienes conforman la sociedad, como un elemento esencial para la construcción de consensos.

Se debe evitar la distorsión de este principio, en cuanto a que la diversidad a que hace referencia debe respetar las etapas del proceso y objeto y finalidad de este, no permitiéndose opiniones ajenas a la agenda del debate o el uso del

- espacio para sustentar posiciones políticas o denuncias, que deben seguir sus cauces propios.
5. **Eficacia y eficiencia.**- Los gobiernos locales organizan su gestión en torno a objetivos y metas establecidos en los planes concertados y presupuestos participativos, desarrollando estrategias para la consecución de los objetivos trazados y con una óptima utilización de los recursos. La medición de los logros se basa en indicadores de impacto, de resultados y de productos, normados por las instancias correspondientes⁽⁹²⁾.
 6. **Equidad.**- Las consideraciones de equidad son un componente constitutivo y orientador de la gestión local, sin discriminación, igual acceso a las oportunidades e inclusión de grupos y sectores sociales que requieran ser atendidos de manera especial.
 7. **Competitividad.**- Los gobiernos locales tienen como objetivo la gestión estratégica de la competitividad. Para ello promueven la producción y su articulación a los ejes de desarrollo o corredores económicos, así como la ampliación de mercados interno y externo, en un entorno de innovación, de calidad, de alianzas y acuerdos entre los sectores público y privado.
 8. **Respeto a los acuerdos.**- La participación de la sociedad civil en los gobiernos locales se fundamenta en el compromiso de cumplimiento de los acuerdos o compromisos concertados.

(92) “A veces se suele confundir la eficiencia con eficacia, y se les da el mismo significado; y la realidad es que existe una gran diferencia entre ser eficiente y ser eficaz.

Podemos definir la eficiencia como la relación entre los recursos utilizados en un proyecto y los logros conseguidos con el mismo. Se entiende que la eficiencia se da cuando se utilizan menos recursos para lograr un mismo objetivo. O al contrario, cuando se logran más objetivos con los mismos o menos recursos. Por ejemplo: se es eficiente cuando en 12 horas de trabajo se hacen 100 unidades de un determinado producto. Ahora, se mejora la eficiencia si esas 100 unidades se hacen en solo 10 horas. O se aumenta la eficiencia si en 10 horas se hacen 120 unidades. Aquí vemos que se hace un uso eficiente de un recurso (tiempo), y se logra un objetivo (hacer 100 o 120 productos).

Respecto a la eficacia, podemos definirla como el nivel de consecución de metas y objetivos. La eficacia hace referencia a nuestra capacidad para lograr lo que nos proponemos. Ejemplo: se es eficaz si nos hemos propuesto construir un edificio en un mes y lo logramos. Fuimos eficaces, alcanzamos la meta.

La eficacia difiere de la eficiencia en el sentido que la eficiencia hace referencia en la mejor utilización de los recursos, en tanto que la eficacia hace referencia en la capacidad para alcanzar un objetivo, aunque en el proceso no se haya hecho el mejor uso de los recursos.

Podemos ser eficientes sin ser eficaces y podemos ser eficaces sin ser eficientes. Lo ideal sería ser eficaces y a la vez ser eficientes.

Se puede dar el caso que se alcanzó la meta de construir una autopista en un semana tal como se había previsto (fuimos eficaces), pero para poder construir la autopista, se utilizaron más recursos de lo normal (no fuimos eficientes).

Caso contrario, se utilizaron un 10 % menos de los recursos previstos para construir la autopista pero no se logró terminar en una semana (fuimos eficientes pero no eficaces).

Lo ideal sería construir la autopista en una semana y utilizar no más del 100 % de los recursos previstos. En este caso seríamos tanto eficaces como eficientes”.

Ver: <<http://www.gerencie.com/diferencias-entre-eficiencia-y-eficacia.html>>.

Este principio debe ser aclarado en el sentido que si bien existe el compromiso de cumplimiento de los acuerdos, estos no son vinculantes y pueden ser modificados; por tanto, su incumplimiento no conlleva responsabilidades administrativas ni penales para el alcalde, funcionarios o servidores. Salvo el caso que los acuerdos priorizados del presupuesto hayan sido incorporados al Presupuesto Institucional de Apertura (PIA) y que no hayan sido modificados o anulados de conformidad con los art. 38 y siguientes de la Ley N° 28411 - Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto; situación en la cual el alcalde, el gerente y los funcionarios que manejan el presupuesto o la unidad ejecutora que corresponda, podrían ser denunciados penalmente por incumplimiento u omisión funcional.

Instancias del presupuesto participativo

Constituyen instancias de participación en el proceso de programación participativa del presupuesto, en concordancia con las disposiciones legales vigentes, que tienen por objeto coordinar, concertar, liderar, monitorear y garantizar el desarrollo de los procesos de los presupuestos participativos, dentro del ámbito que les corresponde (de acuerdo con la modificación introducida por la Ley N° 29298), las siguientes:

- **El Consejo de Coordinación Regional.**- Es un órgano consultivo y de coordinación del Gobierno Regional con las municipalidades. Está integrado por los alcaldes provinciales y por los representantes de la sociedad civil, con las funciones y atribuciones que le señala la Ley.
- **El Consejo de Coordinación Local Provincial.**- Es un órgano de coordinación y concertación de las municipalidades provinciales. Está integrado por el alcalde y los regidores provinciales; por los alcaldes distritales de la respectiva jurisdicción provincial y por los representantes de las organizaciones sociales de base, comunidades campesinas y nativas, asociaciones, organizaciones de productores, gremios empresariales, profesionales, universidades, juntas vecinales y cualquier otra forma de organización de nivel provincial, con las siguientes funciones: 1. coordinar y concertar el Plan de Desarrollo Municipal Provincial Concertado y el Presupuesto Participativo Provincial; 2. proponer las prioridades en las inversiones de infraestructura de envergadura regional; 3. proponer proyectos de cofinanciación de obras de infraestructura y de servicios públicos locales; 4. promover la formación de Fondos de Inversión como estímulo a la inversión privada en apoyo del desarrollo económico local sostenible; 5. otras que le encargue o solicite el Concejo Municipal Provincial. El Consejo de Coordinación local Provincial no ejerce funciones ni actos de gobierno. Para mayores comentarios revisar el art.100 de la LOM.
- **El Consejo de Coordinación Local Distrital.**- El Consejo de Coordinación Local Distrital es un órgano de coordinación y concertación de las municipalidades distritales. Está integrado por el alcalde distrital que lo preside, pudiendo delegar tal función en el teniente alcalde, y los regidores distritales; por los alcaldes de centros poblados de la respectiva jurisdicción distrital y por los representantes de las organizaciones sociales de base, comunidades campesinas y nativas, asociaciones, organizaciones de productores, gremios empresariales, juntas vecinales y cualquier otra forma de organización de nivel distrital, con las funciones y atribuciones que le señala la presente ley; con las siguiente funciones: 1. coordinar y concertar el Plan de Desarrollo Municipal

Distrital Concertado y el Presupuesto Participativo Distrital; 2. proponer la elaboración de proyectos de inversión y de servicios públicos locales; 3. proponer convenios de cooperación distrital para la prestación de servicios públicos; 4. promover la formación de Fondos de Inversión como estímulo a la inversión privada en apoyo del desarrollo económico local sostenible; 5. otras que le encargue o solicite el Concejo Municipal Distrital. El Consejo de Coordinación local Distrital no ejerce funciones ni actos de gobierno. Para mayores comentarios revisar el art.104 de la LOM.

Para el desarrollo del proceso, los consejos de coordinación regional y local se constituyen, conforman su directiva, elaboran y aprueban sus estatutos y sus planes de trabajo, dentro del marco de sus respectivas leyes y las normas que para regular este proceso se expidan. En ningún caso, las directivas, lineamientos o instructivos pueden restringir la participación de la sociedad civil en la priorización y programación del gasto del presupuesto participativo. Cada instancia formula su presupuesto participativo respetando el marco de competencias establecido en la Constitución Política del Perú y en las correspondientes leyes orgánicas; para tal efecto se consideran criterios de alcance, cobertura de población, así como montos de ejecución o envergadura. Los presupuestos participativos locales distritales incluyen programas y proyectos de impacto para su ámbito. Los presupuestos participativos locales provinciales son multidistritales o de impacto provincial en su alcance; y, los presupuestos participativos regionales son necesariamente multiprovinciales o de impacto regional en su alcance. Por ello, es responsabilidad del Presidente del Consejo de Coordinación Local Distrital informar respecto de los acuerdos y propuestas de su instancia al Consejo de Coordinación Local Provincial y, a la vez, el Presidente de este informa al Consejo de Coordinación Regional. El Presidente Regional, en tanto Presidente del Consejo de Coordinación Regional, es responsable de informar y promover la articulación y coordinación de los presupuestos participativos formulados por los Consejos de Coordinación Local y Regional de su ámbito.

Las instancias a que hemos hecho referencia, dentro de su ámbito de acción, forman parte de los agentes participantes, de acuerdo con la definición que le otorga el Reglamento de la Ley Marco del Presupuesto Participativo, que señala: “Entiéndase por **Agentes Participantes** a quienes participan, con voz y voto, en la discusión y toma de decisiones sobre la priorización de problemas y de proyectos de inversión durante las fases del proceso del Presupuesto Participativo. Están integrados por los miembros del Consejo de Coordinación Regional, Consejo de Coordinación Local, los miembros de los Consejos Regionales, Concejos Municipales y los representantes de la Sociedad Civil identificados para este propósito. Asimismo, por el Equipo Técnico de soporte del proceso, quien tiene a su cargo la conducción del mismo”.

El Equipo Técnico a que se hace referencia, lo integran los profesionales y técnicos de la Oficina de Planeamiento, Presupuesto y Acondicionamiento Territorial del Gobierno Regional; los funcionarios de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto de los Gobiernos Locales; de la Oficina de Programación e Inversión en el Gobierno Regional y Gobierno Local, o quienes hagan sus veces, pudiendo estar integrado, además, por profesionales con experiencia en temas de planeamiento y presupuesto provenientes de la Sociedad Civil. Es presidido por el jefe del área de Planeamiento y Presupuesto, o quien haga sus veces, en el Gobierno Regional o Gobierno Local y tiene la responsabilidad de conducir el proceso del Presupuesto Participativo, brindando soporte técnico durante el desarrollo de este, y realizando el trabajo de evaluación

técnica a que hace referencia el artículo 8 del Reglamento (D.S. N° 142-2009-EF): “8.2 **Evaluación Técnica de Proyectos**. El Equipo Técnico seleccionará de la cartera de proyectos viables, aquellos que guarden correspondencia con los problemas priorizados, tomando en cuenta los criterios de alcance, cobertura y montos de inversión que definen los Proyectos de Impacto Regional, de Impacto Provincial y de Impacto Distrital establecidos en el Decreto Supremo N° 097-2009-EF⁽⁹³⁾, así como los recursos asignados al proceso participativo, preservando siempre el equilibrio entre los recursos

(93) El **D.S. N° 097-2009-EF**, publicado el 30/04/2009, establece Criterios para delimitar Proyectos de Impacto Regional, Provincial y Distrital en el Presupuesto Participativo, en los términos siguientes: “**Artículo 1.- Objeto**. Establecer los criterios de alcance, cobertura y montos de ejecución que permitan delimitar los proyectos de inversión pública de impacto regional, provincial y distrital, a ser considerados por los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales en sus respectivos presupuestos participativos.

Artículo 2.- Criterios de Impacto de los Proyectos de Inversión del Presupuesto Participativo. Dispóngase los criterios para definir el impacto de los proyectos de inversión pública a considerarse en el presupuesto participativo regional, provincial o distrital, que permitan delimitar el nivel de incidencia de la intervención en el desarrollo del ámbito jurisdiccional, definiendo en conjunto características que deben tener los proyectos de acuerdo al nivel de gobierno y a sus respectivas competencias. Los criterios son los siguientes: De **Alcance**, está referido al nivel de extensión geográfica que cubre el proyecto. De **Cobertura**, al impacto que de manera directa o indirecta debe tener el proyecto en la población objetivo. De **Monto de Inversión**, a la estimación del costo total del proyecto.

Artículo 3.- Proyecto de Impacto Regional. Los Gobiernos Regionales al determinar los proyectos de impacto regional, deben tener en cuenta que el monto total del proyecto no sea menor a TRES MILLONES Y 00/100 NUEVOS SOLES (S/. 3 000 000,00) y que su alcance sea pluriprovincial, debiendo beneficiar a un mínimo de tres (3) distritos que se encuentren ubicados en dos (2) provincias como mínimo. Adicionalmente podrán considerar que la cobertura en la población objetivo no sea menor al 5%, respecto a la población total de la región.

Si luego de distribuir el financiamiento asignado al Presupuesto Participativo, conforme al criterio señalado en el párrafo precedente, se obtiene un saldo menor a TRES MILLONES Y 00/100 NUEVOS SOLES (S/. 3 000 000,00), dicho saldo se orienta a financiar proyectos de impacto regional, utilizando el criterio de cobertura en la población objetivo señalado en el párrafo anterior.

Asimismo, en caso el monto asignado al Presupuesto Participativo sea menor a TRES MILLONES Y 00/100 NUEVOS SOLES (S/. 3 000 000,00) los proyectos de impacto regional solo consideran el criterio de cobertura en la población objetivo señalado en el primer párrafo.

Artículo 4.- Proyecto de Impacto Provincial. Las Municipalidades Provinciales, cuyo monto asignado al Presupuesto Participativo sea igual o mayor a TRES MILLONES Y 00/100 NUEVOS SOLES (S/. 3 000 000,00), al determinar los proyectos de impacto provincial deben tener en cuenta que el monto del proyecto de impacto provincial no sea menor a UN MILLÓN DOSCIENTOS MIL Y 00/100 NUEVOS SOLES (S/. 1 200 000,00) y que su alcance sea pluridistrital, debiendo beneficiar a un mínimo de dos (2) distritos del ámbito jurisdiccional. Adicionalmente podrán considerar que la cobertura en la población objetivo no sea menor al 5%, respecto a la población total de la provincia.

Si luego de distribuir el financiamiento asignado al Presupuesto Participativo, conforme al criterio señalado en el párrafo precedente, se obtiene un saldo menor a UN MILLÓN DOSCIENTOS MIL Y 00/100 NUEVOS SOLES (S/. 1 200 000,00), dicho saldo se orienta a financiar proyectos de impacto provincial utilizando el criterio de cobertura en la población objetivo, señalado en el párrafo anterior.

Asimismo, en caso el monto asignado al Presupuesto Participativo sea menor a TRES MILLONES Y 00/100 NUEVOS SOLES (S/. 3 000 000,00), los proyectos de impacto provincial solo consideran el criterio de cobertura en la población objetivo, señalado en el primer párrafo.

disponibles y los montos de recursos requeridos para el financiamiento de los proyectos priorizados. Los resultados de la evaluación del Equipo Técnico son presentados por el Presidente Regional o Alcalde quien propone a los Agentes Participantes los Proyectos de Inversión correspondientes para su priorización”.

Fases del proceso participativo

El proceso participativo tiene las siguientes fases:

- 1. Preparación.-** Que comprende las acciones de comunicación, sensibilización, convocatoria, identificación y capacitación de los agentes participantes. **Comunicación**, con el propósito de lograr una amplia participación y representatividad de la Sociedad Civil organizada y no organizada, el gobierno local, deberá difundir por los medios adecuados el inicio del proceso del Presupuesto Participativo y mantiene informada a la población sobre los avances y resultados de este. Si bien el reglamento señala que debe comunicarse el inicio, debe entenderse que una adecuada comunicación es aquella que comunica la fecha de inicio con un plazo de anticipación, a efectos de que la población tome las prevenciones del caso. **Sensibilización**, su importancia radica en promover la participación responsable de la sociedad civil organizada en la programación participativa del presupuesto, ejecución, control y sostenibilidad de los proyectos de inversión, a fin de lograr una participación con mayor compromiso social. **Convocatoria**, el gobierno local, en coordinación con su Consejo de Coordinación, convoca a la población organizada a participar en el Proceso del Presupuesto Participativo, haciendo uso de los medios de comunicación más adecuados, a fin de garantizar una correcta y eficiente comunicación con los agentes participantes. **Identificación de los Agentes Participantes**, el gobierno local, mediante ordenanza, dispone las medidas necesarias para reglamentar el proceso de identificación y acreditación de agentes participantes. **Capacitación a los Agentes Participantes**, la Dirección Nacional del Presupuesto Público del Ministerio de Economía y Finanzas podrá implementar programas de capacitación vinculados al proceso del Presupuesto Participativo, sin perjuicio de los que organicen, en los mismos temas, los gobiernos regionales y gobiernos locales.
- 2. Concertación.-** que comprende las actividades de identificación y evaluación técnica de los proyectos, así como de concertación para la priorización y la formulación de acuerdos y compromisos entre los agentes participantes, cuyos resultados deben constar en actas y realizarse en concordancia con la validación del Plan de Desarrollo Concertado.

Artículo 5.- Proyecto de Impacto Distrital. Las Municipalidades Distritales al determinar los proyectos de impacto distrital, no tienen restricción en el monto de la inversión, debiendo tener en cuenta que su alcance contenga acciones cuyos resultados permitan en el ámbito distrital, solucionar un problema relevante de la comunidad, preferentemente en salud, educación, saneamiento, transportes y comunicaciones, entre otros. Adicionalmente podrán considerar que la cobertura en la población objetivo no debe ser menor al 5 % de la población total del distrito.

Artículo 6.- Viabilidad del Proyecto. Los proyectos de inversión pública, deben contar con la viabilidad correspondiente, de acuerdo a la normatividad del Sistema Nacional de Inversión Pública, para ser considerados por los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales al momento de aplicar los criterios señalados en los artículos precedentes”.

Comprende las actividades de identificación de los problemas, evaluación técnica de las posibles soluciones y finalmente la priorización de proyectos propuestos por el titular del pliego, así como la formulación de acuerdos y compromisos respecto a su financiamiento. Para tal efecto, se desarrollan talleres de trabajo coordinados y dirigidos por el equipo técnico, el cual tiene la responsabilidad de conducir el proceso en los plazos establecidos, dentro de los lineamientos desarrollados en las Directivas e Instructivos que para este caso emite la Dirección Nacional del Presupuesto Público y la Dirección General de Programación Multianual del Sector Público del Ministerio de Economía y Finanzas. Los talleres son convocados por el alcalde en su calidad de Presidente del Consejo de Coordinación correspondiente y tienen por objeto, sobre la base de la visión y los objetivos estratégicos del Plan de Desarrollo Concertado, identificar, analizar y priorizar los problemas y soluciones a través de proyectos de inversión; de igual modo, se definen los compromisos que los diversos actores públicos y privados asumirán durante la ejecución del Presupuesto Participativo. Como acciones de la concertación, se deben realizar las siguientes actividades:

- **Taller de Identificación y Priorización de Problemas.** Sobre la base del diagnóstico que se utilizará en el desarrollo del proceso participativo, los agentes participantes proceden a identificar y priorizar los principales problemas que afectan a la población, en el marco del Plan de Desarrollo Concertado y del Presupuesto por Resultados.
 - **Evaluación Técnica de Proyectos.** El Equipo Técnico seleccionará de la cartera de proyectos viables, aquellos que guarden correspondencia con los problemas priorizados, tomando en cuenta los criterios de alcance, cobertura y montos de inversión que definen los Proyectos de Impacto Regional, de Impacto Provincial y de Impacto Distrital establecidos en el Decreto Supremo N° 097-2009-EF, así como los recursos asignados al proceso participativo, preservando siempre el equilibrio entre los recursos disponibles y los montos de recursos requeridos para el financiamiento de los proyectos priorizados. Los resultados de la evaluación del Equipo Técnico son presentados por el alcalde quien propone a los agentes participantes los proyectos de inversión correspondientes para su priorización.
 - **Taller de Priorización de Proyectos de Inversión.** Sobre la base de los proyectos presentados por el alcalde, los agentes participantes proceden a la priorización de proyectos de acuerdo a los problemas identificados conforme a los resultados del Taller de Identificación y Priorización de Problemas. Los proyectos priorizados son incluidos en el Acta de Acuerdos y Compromisos del proceso.
- 3. Coordinación entre niveles de gobierno.** Que implica las acciones de articulación y consistencia de proyectos. Los gobiernos regionales y gobiernos locales, a través de sus respectivas autoridades, efectúan las coordinaciones que sean necesarias para definir acciones de intervención en el ámbito de sus competencias, a fin de armonizar políticas con base en intereses de desarrollo de la población de los respectivos ámbitos jurisdiccionales.
- 4. Formalización.-** Que considera las actividades para la inclusión de las prioridades concertadas en el respectivo presupuesto institucional y la rendición de cuentas sobre la ejecución. Comprende la inclusión de proyectos de inversión priorizados y con financiamiento previsto en el Presupuesto Institucional de Apertura del ejercicio correspondiente, así como la Rendición de Cuentas respecto

del cumplimiento de los acuerdos y compromisos asumidos en el año anterior. **Inclusión de Proyectos en el Presupuesto Institucional**, los proyectos de inversión pública priorizados en el proceso y que constituyen parte del Acta de Acuerdos y Compromisos deberán ser incluidos en el Presupuesto Institucional del Gobierno Local, según corresponda. Copia del Acta de Acuerdos y Compromisos, así como el Documento del Proceso Participativo, es adjuntado al Presupuesto Institucional de Apertura que se remite a la Contraloría General de la República, a la Comisión de Presupuesto y Cuenta General de la República del Congreso de la República, y a la Dirección Nacional del Presupuesto Público del Ministerio de Economía y Finanzas. **Rendición de Cuentas**, la Rendición de Cuentas constituye un mecanismo de transparencia en el cual el titular del pliego debe informar a los agentes participantes sobre el cumplimiento de los acuerdos y compromisos asumidos en el año anterior por las entidades del Estado y la Sociedad Civil.

La adecuación de fases y actividades que se requieran para el mejor cumplimiento del proceso, considerando la realidad territorial, serán reguladas por ordenanza. Los titulares del pliego son los responsables de llevar adelante las distintas fases del proceso, conforme a los mecanismos que se establecen la Ley Marco del Presupuesto - Ley N° 28056, su Reglamento - D.S. N° 142-2009-EF, Directivas y Lineamientos emitidos para dichos fines.

ARTÍCULO 54.- CONTABILIDAD MUNICIPAL

La contabilidad se lleva de acuerdo con las normas generales de contabilidad pública, a no ser que la ley imponga otros criterios contables simplificados. Los registros y libros respectivos deben estar legalizados.

Fenecido el ejercicio presupuestal, bajo responsabilidad del gerente municipal o quien haga sus veces, se formula el balance general de ingresos y egresos y se presenta la memoria anual, documentos que deben ser aprobados por el concejo municipal dentro de los plazos establecidos por el Sistema Nacional de Contabilidad.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Art. 9:17)

Ley N° 28708 Art. 1



COMENTARIO

La contabilidad, en términos generales, es la técnica que permite registrar en cuentas previamente establecidas y bajo una clasificación apropiada, las operaciones que realiza cualquier institución. Por tanto, la contabilidad municipal permite registrar en forma ordenada, completa y detallada los ingresos y gastos, con el fin de poder determinar en cualquier momento la real situación financiera de la municipalidad.

Para Isabel Huapaya, “el proceso contable es primordialmente un proceso de determinación de resultados, y siendo los estados contables el medio de comunicación, no puede haber un completo entendimiento de los mismos, ni confianza en ellos, a

menos que hayan sido preparados con sujeción a un cuerpo de reglas o convenciones generalmente aceptadas, denominados Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados. Estos principios se asocian a términos tales como **conceptos, convenciones, estándares**⁽⁹⁴⁾. Y agrega, más adelante, que: “La contabilidad se orienta a satisfacer las necesidades de la sociedad, a través de la información que brinda para una adecuada toma de decisiones, por tanto, debe ser razonablemente sensible a los cambios en el sistema económico, al cual sirve”.

La Ley N° 28708 - Ley General del Sistema Nacional de Contabilidad establece los siguientes principios regulatorios, de aplicación para cualquier entidad:

Uniformidad. Establecer normas y procedimientos contables para el tratamiento homogéneo del registro, procesamiento y presentación de la información contable.

Integridad. Registro sistemático de la totalidad de los hechos financieros y económicos.

Oportunidad. Registro, procesamiento y presentación de la información contable en el momento y circunstancias debidas.

Transparencia. Libre acceso a la información, participación y control ciudadano sobre la contabilidad del Estado.

Legalidad. Primacía de la legislación respecto a las normas contables.

Dentro de una municipalidad, la Unidad de Contabilidad, como órgano de apoyo depende funcional y administrativamente de la Gerencia de Administración y Finanzas, tiene a su cargo el Sistema de Contabilidad Gubernamental dentro de la municipalidad respectiva (en coordinación con las dependencias del ámbito nacional), el registro contable, el control previo de las operaciones financieras y la elaboración de los estados financieros de la Municipalidad. Entre otras, cumplen las siguientes funciones:

- Controlar la ejecución presupuestaria, la disponibilidad de fondos y la variación de los estados financieros y patrimoniales.
- Revisar la documentación que sustentan los gastos e inversiones requeridos por las diferentes áreas de la entidad.
- Elaborar el Balance General del Ejercicio Anual.
- Elaborar y consolidar informes contables sobre estudios de inversión, ingresos propios y compromisos presupuestales de la municipalidad.
- Registrar cronológicamente el movimiento del fondo de pagos en efectivo de la Municipalidad.
- Analizar balances y efectuar liquidaciones financieras de ejercicios presupuestales concluidos.
- Efectuar arqueos sorpresivos periódicos a los responsables del manejo de caja chica o de fondos en efectivo de la municipalidad.

(94) HUAPAYA, Isabel. *La contabilidad en la gestión municipal*. Curso de Gestión Municipal. Tema 13, Asociación Civil Transparencia, Lima, pp. 3 y 4.

- Proponer transferencias de cuentas corrientes y otras operaciones contables y bancarias, en coordinación con Gerencia Municipal y la Unidad de Tesorería, con el fin de brindar un mejor servicio a los proveedores de bienes y servicios.

La base legal de la contabilidad municipal es la siguiente:

- Constitución Política: Cap. XIV: art. 188 y ss.
- Ley N° 28708 - Ley General del Sistema Nacional de Contabilidad (12/04/2006).
- D.S. N° 019-89-EF.- Reglamento de Organización y Funciones del Sistema Nacional de Contabilidad y de su Órgano Rector (02/02/1989).
- R.M. N° 801-81-EFC/76.- Normas del Sistema Administrativo de Contabilidad.
- R.D. N° 01-2009-EF/93.01.- Uso obligatorio del Plan Contable Gubernamental (06/02/2009).
- R. N° 067-97-EF/93.01.- Compendio de Normatividad Contable (31/12/1997).
- R.J. N° 103-2000-EF/93.01.- Reglamento de Organización y Funciones del Sistema Nacional de Contabilidad y de su órgano rector (19/10/2000).
- R.J. N° 022-89-EF/93.01.- Establece que los Estados Financieros que se elaboran en el Sector Público deberán ser suscritos por profesionales debidamente acreditados (09/03/1989).
- R.M. N° 801-81-EFC/76.- Normas del Sistema Administrativo de Contabilidad (17/09/1981).
- R. N° 049-96-EF/93.01.- Instructivo Contable N° 001-96-CPN aplicable al proceso contable de los gobiernos locales (24/07/1996).
- R.D. N° 053-2002-EF/76.01.- Directiva N° 002-2003-EF/76.01 "Directiva para la Ejecución y Control de los Presupuestos Institucionales de los Gobiernos Locales del año Fiscal 2003 (28/12/2002).
- Resolución de Contraloría N° 320-2006-CG.- Normas de Control Interno (03/11/2006).

CAPÍTULO II EL PATRIMONIO MUNICIPAL

SUBCAPÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES

ARTÍCULO 55.- PATRIMONIO MUNICIPAL

Los bienes, rentas y derechos de cada municipalidad constituyen su patrimonio. El patrimonio municipal se administra por cada municipalidad en forma autónoma, con las garantías y responsabilidades de ley. Los bienes de dominio público de las municipalidades son inalienables e imprescriptibles. Todo acto de disposición o de garantía sobre el patrimonio municipal debe ser de conocimiento público.

CONCORDANCIAS:

Const. Art. 196
Ley N° 27972 Arts. 56, 69



COMENTARIO

Este artículo señala que forman parte del patrimonio municipal: a) los bienes; b) las rentas y los derechos, de conformidad con el art. 196 de la Constitución.

La relación de los bienes y rentas de la municipalidad ha sido desarrollada en el art. 46 de la Ley de Bases de la Descentralización y en los arts. 56 y 69 de la LOM. Este dispositivo regula los bienes y rentas municipales, los que no constituyen una relación cerrada y única sino que la Ley puede adicionar otros bienes y rentas, de conformidad con el inc. 9 del art. 196 de la Constitución.

Se establecen tres reglas fundamentales con respecto a la administración y disposición del patrimonio municipal: 1) el patrimonio municipal se administra por cada municipalidad en forma autónoma, con las garantías y responsabilidades de ley; 2) los bienes de dominio público de las municipalidades son inalienables e imprescriptibles, y 3) todo acto de disposición o garantía sobre el patrimonio municipal debe ser de conocimiento público. Desarrollemos cada uno de ellos.

1. El patrimonio municipal se administra por cada municipalidad en forma autónoma, con las garantías y responsabilidades de ley

Es decir, el uso y destino de los bienes y rentas de cada municipalidad lo determina en forma autónoma cada Concejo Municipal, a tenor de los incisos 25 y 29 del art. 9, concordante con el art. 59 de la LOM. Por tanto, la administración y uso de los bienes y rentas de la municipalidad es una facultad exclusiva y excluyente del Concejo municipal. Por tanto, el alcalde no tiene ninguna atribución con respecto a estos temas, por lo que si el burgomaestre tomara acciones al margen del Concejo, dicho acto deviene en nulo, sin desmedro de las responsabilidades administrativas y penales de ley.

Lo que sí está facultado el alcalde a ejercer, es: proponer al concejo municipal la creación, modificación, supresión o exoneración de contribuciones, tasas, arbitrios, derechos y licencias; y, con acuerdo del concejo municipal, solicitar al Poder Legislativo la creación de los impuestos que considere necesarios (inc. 12 del art. 20 de la LOM), informar al concejo municipal mensualmente respecto al control de la recaudación de los ingresos municipales y autorizar los egresos de conformidad con la ley y el presupuesto aprobado (inc. 15 del art. 20 de la LOM), supervisar la recaudación municipal, el buen funcionamiento y los resultados económicos y financieros de las empresas municipales y de las obras y servicios públicos municipales ofrecidos directamente o bajo delegación al Sector Privado (inc. 25 del art. 20 de la LOM), proponer al concejo municipal las operaciones de crédito interno y externo, conforme a Ley (inc. 29 del art. 20 de la LOM).

En concreto, el alcalde –en cuanto a los bienes y renta– tiene facultad de iniciativa pero no de decisión, la que está reservada únicamente al Concejo Municipal.

Finalmente, esta autonomía sobre la administración de los bienes tiene que sujetarse a las disposiciones legales respectivas, por eso señala la ley que se ejercita con las garantías y responsabilidades de ley. Asimismo, la Ley N° 29151 - Ley del Sistema Nacional de Bienes Estatales, señala en su art. 9 que: “Los actos que administran los gobiernos locales, respecto de los bienes de su propiedad, así como los de dominio público que se encuentran bajo su administración, se ejecutan conforme a la Ley N° 27972 - Ley Orgánica de Municipalidades, y a la presente ley y su reglamento, en lo que fuera aplicable, estando obligados a remitir a la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales - SBN información de los referidos bienes para su registro en el Sistema de Información Nacional de Bienes Estatales - Sinabip”.

2. Los bienes de dominio público de las municipalidades son inalienables e imprescriptibles

El art. 73 de la Constitución Política, señala que “Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. Los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico”.

El D.S. N° 007-2008-VIVIENDA - Reglamento de la Ley N° 29151 - Ley del Sistema Nacional de Bienes Estatales, señala en su art. 2, numeral 2.2. que son bienes de dominio público: “Aquellos bienes estatales, destinados al uso público como playas, plazas, parques, infraestructura vial, vías férreas, caminos y otros, cuya administración, conservación y mantenimiento corresponden a una entidad; aquellos que sirven de soporte para la prestación de cualquier servicio público como los palacios, sedes gubernamentales e institucionales, escuelas, hospitales, estadios,

aportes reglamentarios, bienes reservados y afectados en uso a la defensa nacional, establecimientos penitenciarios, museos, cementerios, puertos, aeropuertos y otros destinados al cumplimiento de los fines de responsabilidad estatal, o cuya concesión compete al Estado. Tienen el carácter de inalienables e imprescriptibles. Sobre ellos, el Estado ejerce su potestad administrativa, reglamentaria y de tutela conforme a ley”. Y son bienes de dominio privado, “Aquellos bienes estatales que siendo de propiedad del Estado de alguna entidad, no están destinados al uso público ni afectados a algún servicio público, y respecto de los cuales sus titulares **ejercen el derecho de propiedad con todos sus atributos**”.

La LOM señala en la parte final del art. 56 que: “Las vías y áreas públicas, con subsuelo y aires son bienes de dominio y uso público”, y en el art. 62 que: “Las playas, ríos, manantiales, corrientes de agua, así como los lagos, son bienes de uso público. Solamente por razones de seguridad nacional pueden ser objeto de concesión para otros usos”.

Roberto Jiménez Murillo señala que: “Por su parte, los bienes de dominio privado se constituyen por aquellos bienes que no están destinados al uso público o algún servicio público. Es decir, que por negación del dominio público obtenemos una primera aproximación de su contenido y alcances. Así entonces, conociendo adecuadamente las categorías conceptuales que distinguen al dominio público, conoceremos también las del dominio privado, inclusive, estableciendo las notas distintivas con algunos conceptos que inicialmente podrían ser calificados de semejantes”. Y precisa: “Las entidades públicas administran los bienes de dominio privado como suyos, como de su propiedad, lo que implica que cumplan con el pago de sus obligaciones tributarias municipales (salvo norma legal expresa en contrario), inscriban los actos administrativos patrimoniales respectivos en el Registro de Predios, registren dichos actos y otros complementarios en el Sistema de Información Nacional de Bienes Estatales (SINABIP) a cargo de la Superintendencia Nacional de Bienes Nacionales (SBN) y, en términos generales, con aquellas disposiciones que la Ley del Sistema y su Reglamento establece para todas las entidades públicas que tengan la condición de titulares de bienes de dominio privado”⁽⁹⁵⁾.

Los bienes de dominio público, de conformidad con el mandato constitucional, tienen el carácter de inalienable e imprescriptible. Por inalienables, quiere decir que estos bienes no pueden ser transferidos o transmitidos bajo ninguna modalidad, están fuera del comercio. Por imprescriptibles, quiere decir que el derecho que tiene el Estado sobre dichos bienes no termina nunca, y en contraposición, los particulares no pueden adquirir por prescripción (por el paso del tiempo, como en el derecho privado⁽⁹⁶⁾) ningún bien de dominio público del Estado.

Por otro lado, si bien la ley no lo menciona, otra característica de los bienes de dominio público es que son inembargables e irrenunciables.

(95) JIMÉNEZ MURILLO, Roberto. “Los bienes Inmuebles de Dominio Privado”. Julio de 2009. <http://www.gestionpublica.org.pe/plantilla/practx09/bienes_est/2009/bienesta_09_07.pdf>.

(96) **Código Civil: “Artículo 950.-** La propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años. Se adquiere a los cinco años cuando median justo título y buena fe”.

La inembargabilidad de los bienes de dominio público

El Tribunal Constitucional ha analizado este tema, con ocasión, entre otras, de la Sentencia recaída en el Exp. N° 02147-2009-PA/TC: con fecha 3 de octubre de 2007, la Municipalidad Provincial del Callao, interpone demanda de amparo contra los vocales integrantes de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Callao y contra el Procurador Público a cargo de los asuntos del Poder Judicial, por vulnerar su derecho constitucional al debido proceso con la emisión de la resolución N° 2, de fecha 16 de julio de 2007, que confirmó la medida cautelar de embargo en forma de intervención en recaudación hasta por la suma de S/. 6,241.78 **sobre los ingresos propios que percibe la municipalidad por conceptos de expedición de certificados de soltería, carné de sanidad, visación de planos y memoria descriptiva, compatibilidad de uso, licencia de apertura de establecimiento, licencia de funcionamiento definitivo, licencia de funcionamiento provisional, inspección ocular para autorización de ruta, baja de vehículo y constatación de características técnicas**. Sostiene que en el proceso judicial sobre acción de cumplimiento, signado con el N° 2003-04095, seguido por Huanca Chambi Julio en su contra, la Sala demandada al confirmar el embargo en forma de intervención en recaudación sobre los ingresos que percibe la municipalidad por concepto de tasas municipales, vulneró su derecho al debido proceso en la modalidad de motivación defectuosa, pues considera que contraviene lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en los Expedientes N°s 015-2001-AI/TC, 016-2001-AI/TC y 004-2002-AI/TC, ya que –según ella– obvió determinar en el caso concreto qué bienes cumplen o no las condiciones de ser de dominio privado y, por ende, embargables. Agrega que según el artículo 74 de la Constitución Política del Perú, las tasas no constituyen bienes de dominio privado porque están relacionadas con el cumplimiento de funciones de un órgano público, y en consecuencia son inembargables por ser un bien de dominio público.

El TC resuelve:

“(…)

2. Este Tribunal Constitucional, en los Expedientes Acumulados N°s 015-2001-AI/TC, 016-2001-AI/TC y 004-2002-AI/TC, caso Colegio de Abogados de Ica y Defensoría del Pueblo, y con relación a la embargabilidad de los bienes del Estado, tuvo oportunidad de señalar que ‘la inexistencia de una ley especial que determine qué bienes del Estado son embargables, no supone que el juez de ejecución y el órgano administrativo correspondiente no puedan dictar o ejecutar embargos sobre bienes del Estado. (...) En efecto, la procedencia del embargo sobre bienes del Estado, sean estos muebles o inmuebles, **no debe tener más límite que el hecho de tratarse, o tener la condición, de bienes de dominio público, por lo que corresponde al juez, bajo responsabilidad, determinar, en cada caso concreto, qué bienes cumplen o no las condiciones de un bien de dominio privado y, por ende, son embargables**’; añadiendo que ‘ante el vacío de legislación que precise qué bienes estatales pueden ser embargados, el principio general es que al juez le corresponde pronunciar el carácter embargable de un determinado bien, analizando, en cada caso concreto, si el bien sobre el que se ha trabado la ejecución forzosa está o no relacionado con el cumplimiento de las funciones del órgano público, y si está o no afecto a un uso público’ (resaltado nuestro).

Conforme se aprecia de lo expuesto este Colegiado en cumplimiento de su labor de pacificación sobre la interpretación constitucional y de integración de las disposiciones constitucionales, así como en aras de tutelar el derecho fundamental a la ejecución de las resoluciones judiciales de las partes litigantes que resulten vencedoras contra el Estado, ha señalado que resulta constitucionalmente legítimo proceder a la ejecución forzosa contra los bienes del Estado, siempre y cuando estos sean de dominio privado. Sin perjuicio de ello le ha impuesto a la judicatura y a los órganos públicos revestidos de competencias ejecutivas un deber de valoración, motivación y fundamentación al momento de determinar el carácter embargable de un determinado bien del Estado, otorgándole dos parámetros de evaluación: i) si el bien a embargar tiene relación con el cumplimiento de las funciones del órgano público, y ii) si el bien a embargar está afectado a un uso público”.

Por tanto, los bienes de dominio público son inembargables. Los bienes de dominio privado pueden ser embargados, teniendo el juez el deber de valoración, motivación y fundamentación sobre el carácter de dominio público o privado de cada bien municipal; mientras no exista una ley especial que determine qué bienes del Estado son embargables.

3. Todo acto de disposición o garantía sobre el patrimonio municipal debe ser de conocimiento público

Esta regla es de aplicación a los bienes de dominio privado de las municipalidades y se ajusta a las disposiciones que establecen Ley N° 29151 –Ley del Sistema Nacional de Bienes Estatales, y su Reglamento– D.S. N° 007-2008-VIVIENDA.

La Ley N° 29151 en su art. 4 define el término “actos de disposición” como aquellos a través de los cuales el Estado, representado por la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales - SBN; los Gobiernos Regionales, que han asumido las competencias; y las **demás entidades públicas** aprueban acciones que implican desplazamiento del dominio de los bienes estatales.

Los actos de garantía sobre los bienes municipales se refieren a los derechos reales de garantía del Código Civil: prenda (art. 1055) e hipoteca (art. 1097), que pueden afectar los bienes de dominio privado de la municipalidad.

Las tres reglas a las que hemos hecho referencia sirven de base al art. 59 de la LOM, que señala: “Los bienes municipales pueden ser transferidos, concesionados en uso o explotación, arrendados o modificado su estado de posesión o propiedad mediante cualquier otra modalidad, **por acuerdo del concejo municipal**. Cualquier transferencia de propiedad o concesión sobre bienes municipales **se hace a través de subasta pública**, conforme a ley. Estos acuerdos deben ser puestos en conocimiento de la Contraloría General de la República en un plazo no mayor de 7 (siete) días, bajo responsabilidad”; art. 66 de la LOM, que prescribe: “La donación, cesión o concesión de bienes de las municipalidades se aprueba con el voto conforme de los dos tercios del número legal de regidores que integran el concejo municipal”; art. 67 de la LOM, que señala: “Cuando se trate de donaciones de inmuebles cuyo valor sea superior al 20 % (veinte por ciento) del patrimonio inmobiliario municipal, se requiere de aprobación por consulta popular”.

Además, para todo acto de disposición de bienes de dominio privado, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 48 del Reglamento de la Ley N° 29151:

“Todo acto de disposición inmobiliaria requiere que se haya culminado con la inscripción del derecho de propiedad a favor del Estado o de la entidad correspondiente. La existencia de cargas, gravámenes y procesos judiciales que afecten a bienes estatales que no impliquen cuestionamiento sobre el derecho de propiedad, no limita su libre disposición no obstante, deben ser puestas en conocimiento del eventual adquirente del bien o derecho, al momento de aprobarse el acto de disposición; lo cual constará en la Resolución que aprueba el acto así como en los Contratos respectivos bajo sanción de nulidad.

En tales casos, el eventual adquirente del bien o derecho asume el riesgo por la pérdida o deterioro del bien, así como de sus frutos o productos”.

SUBCAPÍTULO II

LOS BIENES MUNICIPALES

ARTÍCULO 56.- BIENES DE PROPIEDAD MUNICIPAL

Son bienes de las municipalidades:

1. Los bienes inmuebles y muebles de uso público destinados a servicios públicos locales.
2. Los edificios municipales y sus instalaciones y, en general, todos los bienes adquiridos, construidos y/o sostenidos por la municipalidad.
3. Las acciones y participaciones de las empresas municipales.
4. Los caudales, acciones, bonos, participaciones sociales, derechos o cualquier otro bien que represente valores cuantificables económicamente.
5. Los terrenos eriazos, abandonados y ribereños que le transfiera el Gobierno Nacional.
6. Los aportes provenientes de habilitaciones urbanas.
7. Los legados o donaciones que se instituyan en su favor.
8. Todos los demás que adquiera cada municipio.

Las vías y áreas públicas, con subsuelo y aires son bienes de dominio y uso público.

CONCORDANCIAS:

Const.	Art. 196
Ley N° 27972	Art. 35
Ley N° 27783	Art. 46



COMENTARIO

El art. 196 de la Constitución Política señala que son bienes y rentas de las municipalidades: 1) los bienes muebles e inmuebles de su propiedad; 2) los tributos creados por ley a su favor; 3) las contribuciones, tasas, arbitrios, licencias y derechos creados por ordenanzas municipales, conforme a ley; 4) los derechos económicos que generen por las privatizaciones, concesiones y servicios que otorguen, conforme a ley; 5) los recursos asignados del Fondo de Compensación Municipal, que tiene carácter redistributivo, conforme a ley; 6) las transferencias específicas que les asigne la Ley Anual de Presupuesto; 7) los recursos asignados por concepto de canon; 8) los recursos

provenientes de sus operaciones financieras, incluyendo aquellas que requieran el aval del Estado, conforme a ley; 9) los demás que determine la ley.

El art. 46 de la Ley de Bases de la Descentralización, señala que son Bienes y Rentas de las municipalidades: 1) los bienes muebles e inmuebles de su propiedad; 2) los tributos creados por Ley a su favor; 3) las contribuciones, tasas, arbitrios, licencias y derechos creados por su Concejo Municipal, los que constituyen sus ingresos propios; 4) los recursos asignados del Fondo de Compensación Municipal; 5) los recursos asignados por concepto de canon y renta de aduanas; 6) las asignaciones y transferencias específicas establecidas en la Ley Anual de Presupuesto, para atender los servicios descentralizados; 7) los recursos provenientes de sus operaciones financieras y las de crédito interno concertadas con cargo a su patrimonio propio. Las operaciones de crédito externo requieren el aval o garantía del Estado, y se sujetan a la ley de endeudamiento público; 8) los demás que determine la Ley.

Nótese que, con relación a la Constitución, la Ley de Bases de la Descentralización no menciona: “Los derechos económicos que generen por las privatizaciones, concesiones y servicios que otorguen, conforme a ley”, lo que no afecta su incorporación por ser la Constitución norma suprema; e incluye la “renta de aduanas”, lo que es procedente dado la fórmula abierta del numeral 9 del art. 196 de la Constitución.

Este art. 56 desarrolla el art. 196 de la Constitución y el art. 46 de la Ley de Bases de la Descentralización, estableciendo una relación de los bienes estatales a los que adiciona: “Todos los demás que adquiera cada municipio”. Adiciona también que las vías y áreas públicas, con subsuelo y aires son bienes de dominio y uso público, concordante con el art. 62, que precisa: “Las playas, ríos, manantiales, corrientes de agua, así como los lagos, son bienes de uso público. Solamente por razones de seguridad nacional pueden ser objeto de concesión para otros usos”.

La Administración de los bienes está sujeta a las disposiciones precisadas en el art. 55 de la LOM, de conformidad con el art. 9 de la Ley N° 29151 - Ley del Sistema Nacional de Bienes Estatales: “Los actos que administran los gobiernos locales, respecto de los bienes de su propiedad, así como los de dominio público que se encuentran bajo su administración, se ejecutan conforme a la Ley N° 27972 - Ley Orgánica de Municipalidades, y a la presente ley y su reglamento, en lo que fuera aplicable, estando obligados a remitir a la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales - SBN información de los referidos bienes para su registro en el Sistema de Información Nacional de Bienes Estatales - SINABIP”.

En cuanto a la administración de los bienes de dominio privado, se aplica la mencionada Ley N° 29151 y su Reglamento - D.S. N° 007-2008-VIVIENDA, lo que no obsta para la aplicación de otras leyes y reglamentos especiales.

En cuanto a la aplicación del Código Civil, en posición que compartimos, el doctor Jiménez Murillo considera que sí es posible su aplicación, pero solamente en vía supletoria, pues los bienes estatales no tienen todas las características de los bienes privados (propiedad privada). La aplicación de normas del Derecho Civil debe ser restrictiva y teniendo en cuenta las funciones de las entidades públicas y la naturaleza de los bienes estatales⁽⁹⁷⁾.

(97) JIMÉNEZ MURILLO, Roberto. Ob. cit.

ARTÍCULO 57.- MARGESÍ DE BIENES MUNICIPALES

Cada municipalidad abre y mantiene actualizado el margsí de bienes municipales, bajo responsabilidad solidaria del alcalde, el gerente municipal y el funcionario que la municipalidad designe en forma expresa.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Art. IX



COMENTARIO

El margsí de bienes es el inventario y registro de todos los bienes (muebles e inmuebles) de una municipalidad.

El presente artículo establece:

- a) La obligatoriedad de toda municipalidad de abrir un margsí de bienes.
- b) La obligatoriedad de toda municipalidad de mantener actualizado el margsí de bienes.
- c) La obligatoriedad del alcalde de designar en forma expresa, el funcionario responsable del margsí.
- d) La responsabilidad solidaria del alcalde, el gerente municipal y el funcionario designado con respecto a las obligaciones de abrir y mantener actualizado el margsí de bienes.

La Municipalidad Provincial de Piura, mediante Directiva N° 022-2011-OyM-GTySI/ MPP, ha aprobado un "Procedimiento para la toma del Inventario Físico de Bienes y Existencias de la Municipalidad Provincial de Piura", que establece lineamientos debidamente conciliados con las áreas correspondientes, que permita registrar y controlar en forma adecuada y permanentemente los bienes de la entidad. Específicamente, establece un sistema estructurado para el proceso de toma de inventario físico general, dividido en tres fases: **Primera fase.-** Realización de Inventario Físico General, **Segunda fase.-** Conciliación de cuenta contables patrimoniales, y **Tercera fase.-** Remisión de la Información a la Superintendencia de Bienes Nacionales - SBN; por lo que recomendamos su revisión, ya que puede servir de base para la elaboración de una norma similar para la entidad que lo requiera, con la adecuación a las particularidades propias de su estructura orgánica y circunstancias específicas de funcionamiento⁽⁹⁸⁾.

(98) Documento disponible en: <http://www3.muni_piura.gob.pe/institucional/transparencia/directivas/022-2011.pdf>.

ARTÍCULO 58.- INSCRIPCIÓN DE BIENES MUNICIPALES EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Los bienes inmuebles de las municipalidades a que se refiere el presente capítulo, se inscriben en los Registros Públicos, a petición del alcalde y por el mérito del acuerdo de concejo correspondiente.

CONCORDANCIAS:

C.C. Arts. 2008, 2009, 2010
Ley N° 27783 Art. 46
Ley N° 27972 Arts. 55, 56



COMENTARIO

Hemos dicho que el art. 196 de la Constitución, el art. 46 de la Ley de Bases de la Descentralización, y los arts. 55 y 56 de la LOM señalan que los bienes inmuebles forman parte del patrimonio municipal, que cada municipalidad lo administra en forma autónoma, con las garantías y responsabilidades de ley.

En concordancia con las normas antes mencionadas, este artículo señala la obligación de la municipalidad para inscribir sus bienes inmuebles en los Registros Públicos, a petición del alcalde y por el mérito del acuerdo de concejo correspondiente.

Este artículo debe ser concordado con la Octava Disposición Complementaria de la LOM, que dispone: “Los predios que correspondan a las municipalidades en aplicación de la presente ley se inscriben en el Registro de Predios por el solo mérito del acuerdo de concejo que lo disponga, siempre que no se encuentren inscritos a favor de terceros. En este único supuesto, la regularización de la titularidad municipal estará exonerada del pago de derechos registrales, siempre que se efectúe en el plazo de un año a partir de la vigencia de la presente ley”.

Otras normas que regulan el tema del saneamiento físico legal, son las siguientes:

La Ley N° 26512, ampliada por la Ley N° 27493, declaró de necesidad y utilidad pública el saneamiento físico legal de los bienes inmuebles de propiedad de todos los organismos e instituciones del Sector Público, lo que incluía a las municipalidades.

El Decreto Supremo N° 018-90-VC, de fecha 6 de junio de 1990, dispuso que las Municipalidades quedan facultadas para gestionar la primera inscripción de dominio de los bienes e inmuebles que les pertenezcan sin contar con títulos comprobatorios de dominio, a través de cualquiera de los siguientes procedimientos: a) de acuerdo a los dispuesto por el artículo 35 del Reglamento de Inscripción vigentes; b) de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 103 del Reglamento de Administración de la Propiedad Fiscal, aprobado por el Decreto Supremo N° 025-78-VC, sus ampliatorias y modificaciones. Las Oficinas de Registros Públicos, registran a nombre de las Municipalidades, la primera inscripción de dominio de los bienes inmuebles de su propiedad en mérito a lo actuado por cualquiera de los procedimientos antes señalados. La inscripción registral de los bienes de las Municipalidades está exenta de pagos de derechos.

El artículo 2 del Decreto Supremo N° 026-96-PCM, faculta a las municipalidades, a dictar las medidas específicas para obtener el saneamiento físico legal de los bienes inmuebles, cuyo dominio no estuviera inscrito en los Registros Públicos a su nombre; asimismo, dispone que la Superintendencia de los Registros Públicos otorgue las facultades del caso para el cumplimiento de lo dispuesto.

El Decreto Supremo N° 130-2001-EF aprueba las normas reglamentarias, para que cualquier entidad pública pueda realizar acciones de saneamiento técnico, legal y contable de inmuebles de propiedad estatal.

Además, para todo acto de disposición de bienes de dominio privado, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 48 del Reglamento de la Ley N° 29151 - Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales: "Todo acto de disposición inmobiliaria requiere que se haya culminado con la inscripción del derecho de propiedad a favor del Estado o de la entidad correspondiente. La existencia de cargas, gravámenes y procesos judiciales que afecten a bienes estatales que no impliquen cuestionamiento sobre el derecho de propiedad, no limita su libre disposición no obstante, deben ser puestas en conocimiento del eventual adquirente del bien o derecho, al momento de aprobarse el acto de disposición; lo cual constará en la Resolución que aprueba el acto así como en los Contratos respectivos bajo sanción de nulidad. En tales casos, el eventual adquirente del bien o derecho asume el riesgo por la pérdida o deterioro del bien, así como de sus frutos o productos"

ARTÍCULO 59.- DISPOSICIÓN DE BIENES MUNICIPALES

Los bienes municipales pueden ser transferidos, concesionados en uso o explotación, arrendados o modificado su estado de posesión o propiedad mediante cualquier otra modalidad, por acuerdo del concejo municipal.

Cualquier transferencia de propiedad o concesión sobre bienes municipales se hace a través de subasta pública, conforme a ley.

Estos acuerdos deben ser puestos en conocimiento de la Contraloría General de la República en un plazo no mayor de 7 (siete) días, bajo responsabilidad.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972	Arts. 9:25), 33
Ley N° 27785	Arts. 3:b), 16
Ley N° 29151	Art. 1
D.S. N° 007-2008-VIVIENDA	Art. 1



COMENTARIO

En concordancia con el art. 55 de la LOM, este artículo regula la disposición de los bienes municipales de dominio privado, mediante el Acuerdo de concejo municipal respectivo.

Señala que estas transferencias deben hacerse a través de subasta pública, conforme a ley. La ley a que hace referencia es la Ley N° 29151 - Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales y su Reglamento - D.S. N° 007-2008-VIVIENDA.

Establece, además, que los acuerdos de concejo que aprueben la transferencia, deben ser puestos en conocimiento de la Contraloría General de la República, en un plazo no mayor de 7 (siete) días, bajo responsabilidad, en tanto órgano sujeto a control, de conformidad con el inc. b) del art. 3 de la Ley N° 27785 - Ley del Sistema Nacional de Control.

¿A qué área le compete comunicar a la Contraloría? Consideramos que todo acuerdo de concejo sobre transferencia de bienes, debe contener un artículo ordenando dicha comunicación, en el plazo de ley. Posteriormente, la ejecución le corresponderá a la alcaldía, a través de la Secretaría General u otra área administrativa, de conformidad con el inc. 3 del art. 20 que precisa que son atribuciones del alcalde ejecutar los acuerdos de concejo bajo municipal. Si el acuerdo no contiene dicha orden, será la Secretaría General la encargada de comunicar el acuerdo a la Gerencia Municipal, la que a su vez ordenará su comunicación a la Contraloría General de la República.

Sobre la competencia del Concejo Municipal en esta materia, el art. 9 de la LOM señala que es atribución del concejo: Inc. 18: "Aprobar la entrega de construcciones de infraestructura y servicios públicos municipales al sector privado a través de concesiones o cualquier otra forma de participación de la inversión privada permitida por ley, conforme a los artículos 32 y 35 de la presente ley"; Inc. 25: "Aprobar la donación o la cesión en uso de bienes muebles e inmuebles de la municipalidad a favor de entidades públicas o privadas sin fines de lucro y la venta de sus bienes en subasta pública"; Inc. 29: "Aprobar el régimen de administración de sus bienes y rentas, así como el régimen de administración de los servicios públicos locales".

La transferencia de bienes municipales es un acto formal, por tanto deberá seguirse las disposiciones de la LOM y los estipulados en la Ley N° 29151 - Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales y su Reglamento - D.S. N° 007-2008-VIVIENDA.

El art. 9 de la Ley N° 29151 - Ley del Sistema Nacional de Bienes Estatales, señala que: "Los actos que administran los gobiernos locales, respecto de los bienes de su propiedad, así como los de dominio público que se encuentran bajo su administración, se ejecutan conforme a la Ley N° 27972 - Ley Orgánica de Municipalidades, y a la presente ley y su reglamento, en lo que fuera aplicable, estando obligados a remitir a la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales - SBN información de los referidos bienes para su registro en el Sistema de Información Nacional de Bienes Estatales - SINABIP".

ARTÍCULO 60.- TRANSFERENCIA DE TIERRAS PÚBLICAS

El gobierno nacional, a petición de las municipalidades, puede transferir las tierras eriazas, abandonadas y ribereñas que se encuentren en el territorio de su jurisdicción y que requiera para sus planes de desarrollo.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Arts. 59, 61

ARTÍCULO 61.- PETICIÓN DE ADJUDICACIÓN DE TIERRAS AL ESTADO

La petición de adjudicación de tierras al Estado se aprueba por el concejo municipal, para sí o para la municipalidad de centro poblado que lo requiera, con el voto conforme de las dos terceras partes del número legal de regidores y teniendo a la vista el proyecto completo de uso de los bienes solicitados y las evaluaciones del impacto ambiental que puede generarse.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Arts. 59, 128



COMENTARIO

Los arts. 60 y 61 de la LOM están relacionados por cuanto uno establece la facultad y el otro el procedimiento para el pedido de adjudicación de tierras del Estado, que pueden hacer las municipalidades respecto de tierras eriazas, abandonadas o ribereñas que se encuentren en el territorio de su jurisdicción.

Como toda materia relacionada a bienes municipales, la facultad de petición es del Concejo Municipal, el que debe tomar un acuerdo con el voto conforme de las dos terceras partes del número legal de regidores. Para tomar el acuerdo debe existir un proyecto completo del uso de los bienes solicitados, asimismo las evaluaciones de impacto ambiental que pueda generarse.

El art. 62 del Reglamento de la Ley N° 29151 - Ley del Sistema Nacional de Bienes Estatales (D.S. N° 007-2008-VIVIENDA), señala que: “La transferencia de predios estatales es la traslación de dominio a título gratuito u oneroso de predios del dominio privado estatal, que se realiza entre entidades conformantes del Sistema, con excepción de las empresas estatales de derecho público”.

El art. 63 de dicha norma precisa que la transferencia se efectuará siempre y cuando el bien sea destinado para programas o proyectos de desarrollo o inversión de conformidad con sus respectivas competencias, fijándose en la resolución aprobatoria dicha finalidad y el plazo de ejecución de la misma, **bajo sanción de reversión en caso de incumplimiento**. Exigencia que es acorde con la obligatoriedad de que el Acuerdo de concejo cuente con un proyecto del uso del bien y las evaluaciones de impacto ambiental.

El art. 64 de dicha norma señala que las transferencias de propiedad del Estado a favor de los Gobiernos locales, podrán efectuarse a título gratuito, **a menos que dichas entidades obtengan algún beneficio económico producto de la transferencia antes señalada**, en cuyo caso deberán entregar el 50 % del valor del predio al Estado, quedando el 50 % restante a favor del gobierno local.

El art. 65 de la norma indicada establece el procedimiento precisando que la solicitud deberá ser presentada ante la entidad propietaria del bien (el gobierno regional o la Superintendencia Nacional de Bienes Nacionales - SBN, según sea el caso), indicando: a) el uso que se otorgará al predio; b) el programa de desarrollo o inversión acreditando los respectivos planes y estudios técnico-legales para la ejecución del programa correspondiente, el que podrá realizarse por cuenta propia o de terceros. Estas exigencias formales son requisitos absolutamente necesarios para la petición, además del acuerdo en el caso municipal, de lo contrario deberá ser denegada. La aprobación de la transferencia se efectuará, previa opinión técnica de la SBN, por resolución del titular del pliego o de la máxima autoridad administrativa de la entidad propietaria del bien, el gobierno regional, o la SBN, de acuerdo a sus competencias.

En caso de que el adquirente de un bien estatal a título gratuito no lo destine a la finalidad para la que le fue transferido dentro del plazo establecido, revertirá el dominio del bien al Estado, sin obligación de reembolso alguno a favor del afectado con la reversión. Excepcionalmente, en las transferencias onerosas y siempre que la resolución o contrato de transferencia así lo precise, procederá la reversión de dominio al Estado, sin obligación de reembolso alguno a favor del afectado con la reversión. De no haberse establecido plazo para el cumplimiento de la finalidad, este será de dos (02) años. La resolución respectiva será emitida por el gobierno regional o la SBN, de acuerdo a sus competencias. La SBN o el gobierno regional, según sea el caso, una vez verificado los supuestos contenidos en el artículo anterior, procederán a notificar a la entidad a efectos que en el plazo de quince (15) días hábiles presente sus descargos. En caso de que los descargos no sean suficientes o se presenten fuera de plazo, la SBN o el Gobierno Regional, según sus competencias, dispondrá la reversión del bien al dominio del Estado.

La resolución aprobatoria de la reversión constituye título suficiente para su inscripción en el Registro de Predios.

ARTÍCULO 62.- CONDICIÓN DE BIENES PÚBLICOS

Las playas, ríos, manantiales, corrientes de agua, así como los lagos, son bienes de uso público. Solamente por razones de seguridad nacional pueden ser objeto de concesión para otros usos.

CONCORDANCIAS:

Const.	Art. 73
C.C.	Art. 885
Ley N° 27972	Art. 33
Ley N° 29151	Art. 1
D.S. N° 007-2008-VIVIENDA	Art. 2



COMENTARIO

El D.S. N° 007-2008-VIVIENDA –Reglamento de la Ley N° 29151– Ley del Sistema Nacional de Bienes Estatales, señala en su art. 2, numeral 2.2. que son bienes de

dominio público: “Aquellos bienes estatales, destinados al uso público como playas, plazas parques, infraestructura vial, vías férreas, caminos y otros, cuya administración, conservación y mantenimiento corresponden a una entidad; aquellos que sirven de soporte para la prestación de cualquier servicio público como los palacios, sedes gubernamentales e institucionales, escuelas, hospitales, estadios, aportes reglamentarios, bienes reservados y afectados en uso a la defensa nacional, establecimientos penitenciarios, museos, cementerios, puertos, aeropuertos y otros destinados al cumplimiento de los fines de responsabilidad estatal, o cuya concesión compete al Estado. Tienen el carácter de inalienables e imprescriptibles. Sobre ellos, el Estado ejerce su potestad administrativa, reglamentaria y de tutela conforme a ley”.

El art. 73 de la Constitución señala que los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. **Los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico.**

El presente artículo señala que las playas, ríos, manantiales, corrientes de agua, lagos, son bienes de uso público (además de ser bienes de dominio público) y puede ser dados en concesión para otros usos, **solamente** por razones de seguridad.

Consideramos que este dispositivo debe ser corregido a efecto de adecuarlo a lo dispuesto en el art. 73 de la LOM, por lo siguiente: Según Bernaldes, cuando hablamos de bienes de dominio público: “Se trata de bienes como las reservas y recursos naturales, el mar, las playas, los cursos de agua, etc. que tienen las características de no poder pertenecer a particulares, siendo el Estado el que ejerce potestades reales sobre ellos. No son strictu sensu de *propiedad* del Estado porque en la propiedad está la potestad de disponer, y los bienes de uso público no pueden ser dispuestos. Por ello se habla de bienes de **dominio público** y no de bienes de **propiedad pública**”. Y luego, adiciona: “**Los bienes de uso público, son aquellas especies de dominio público que son utilizados por las personas que viven en la sociedad para diversas necesidades de la vida diaria.** Los ejemplos son numerosos: los parques públicos, las calzadas y veredas, los puentes, las corrientes de agua de los ríos para el transporte, etc. Como bienes de uso público, participan de las características de inalienabilidad e imprescriptibilidad indicadas anteriormente. Sin embargo, la Constitución dice que pueden ser “(...) **concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico**”⁽⁹⁹⁾.

Partiendo de estas consideraciones, si este artículo señala que las playas, ríos, manantiales, corrientes de agua, así como lagos, son bienes de **uso público**, según el art. 73 de la Constitución pueden ser concedidos a particulares, por lo que la limitación a solamente razones de seguridad nacional, excede lo dispuesto en la Carta fundamental y es, en consecuencia, inconstitucional. Debe tenerse en cuenta, que las razones de seguridad nacional se establecen mediante ley, siendo facultad exclusiva del Congreso de la República.

(99) BERNALDES, Enrique. Ob. cit., pp. 336 y 337.

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.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Arts. 22:9), 23



COMENTARIO

Este artículo establece que el alcalde, los regidores, los servidores, empleados y funcionarios municipales no pueden:

- a) Contratar obras o servicios públicos municipales.
- b) Rematar obras o servicios públicos municipales.
- c) Ni adquirir directamente o por interpósita persona sus bienes.

Las consecuencias jurídicas de su incumplimiento es que 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**. Es en este aspecto de la vacancia, donde la figura tiene una amplísima jurisprudencia, por lo que nos abocaremos a su análisis⁽¹⁰⁰⁾.

La causal de vacancia está regulada en el artículo 22, numeral 9, de la LOM en los siguientes términos: “El cargo de alcalde o regidor se declara vacante por el concejo municipal en los siguientes casos: (...) 9. Por incurrir en la causal establecida en el art. 63 de la presente ley”. Por tanto, los requisitos para la tipificación de la causal están contenidos en el presente artículo 63 de LOM, que busca proteger el patrimonio municipal.

Los alcances de esta causal de vacancia ha sido definida por el JNE en la Resolución N° 0593-2012-JNE, con la siguiente fundamentación:

“1. Este Supremo Tribunal Electoral ha establecido de manera jurisprudencial los alcances del artículo 63 de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades (en adelante LOM). Dicha norma señala 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. Se exceptúa de la presente

(100) Los aspectos generales de la vacancia, los requisitos para su trámite y resolución, han sido comentados en el art. 22 de la LOM.

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

2. Reciente jurisprudencia (Resolución N° 144-2012-JNE) ha señalado que la constatación de la infracción al artículo 63 de la LOM se realiza mediante un test de tres pasos: a) si existe un contrato, en el sentido amplio del término, con excepción del contrato de trabajo de la propia autoridad, cuyo objeto sea un bien municipal; b) si se acredita 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 que 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, etc.); y, c) si, de los antecedentes, se verifica que existe un conflicto de intereses entre la actuación del alcalde o regidor en su calidad de autoridad y su posición o actuación como persona particular⁽¹⁰¹⁾.

En ese sentido, para declarar la vacancia del cargo de alcalde o regidor en virtud de la causal establecida en el inciso 9 del artículo 22 de la LOM, por infracción del artículo 63 de la misma norma, se deberá tomar en cuenta los criterios antes establecidos.

Dicha constatación debe hacerse de modo secuencial, de modo que si se verifica, por ejemplo, que no se ha cumplido con verificar el primero de los elementos de análisis, no será necesario continuar con los restantes, debiéndose declarar infundada la solicitud de vacancia” (Resolución N° 588-2012-JNE).

Veamos algunos casos resueltos por el JNE:

1. Determinación del contrato. En la Resolución N° 171-2009-JNE, el Tribunal Electoral ha establecido que para la demostración de un vínculo contractual entre dos partes no ha de exigirse la celebración de un documento formal o escrito, sino únicamente la constatación de las prestaciones que recíprocamente se deben cada una ellas. Así, por ejemplo, se podrá demostrar la relación con copias de los cheques girados a favor de una determinada empresa, o con órdenes de

(101) Otra explicación sobre el test de los tres pasos, lo hace el JNE en la Resolución N° 0101-2012-JNE: “En el caso de autos, para determinar si el alcalde Sabino Marcelo Mayor Morales ha incurrido en los alcances de la prohibición de contratar, expresada en el artículo 22, numeral 9, concordante con el artículo 63 de la LOM, consideramos necesario verificar el cumplimiento concurrente de los siguientes elementos: a) Elemento subjetivo: Este elemento se satisface con la acreditación de la existencia de una relación bilateral entre la municipalidad –en tanto institución– y un alcalde o regidor –en tanto sujetos particulares–, o de un tercero vinculado a dichas autoridades municipales. b) Elemento objetivo: Al valorar la configuración del presente elemento, deberá determinarse si es que existe: i) un contrato de cualquier tipo, con excepción del contrato de trabajo; ii) un remate de obras o servicios públicos municipales o iii) una adquisición de bienes municipales. c) Conflicto de intereses: Con relación a este punto, se deberá valorar si existe un conflicto de intereses entre la actuación del alcalde o regidor en su calidad de autoridad, y su posición o actuación como persona particular. El análisis concurrente de los elementos antes señalados supone que, de no acreditarse alguno de los mismos, no sea posible demostrar la contravención de la prohibición general de contratar, establecida en el artículo 63 de la LOM”.

compra⁽¹⁰²⁾. Por otro lado, es imprescindible que el contrato municipal a que se refiere la causal, debe tener por objeto bienes cuya titularidad sea de la municipalidad de la que el alcalde o el regidor sean parte integrante.

- 2. La intervención del alcalde.** Sobre este punto, la prueba plena lo constituye un documento suscrito por el alcalde. Sin embargo, cuando no existe un documento formal sino otros indirectos, como el giro de cheques u órdenes de compra, el JNE ha interpretado que la participación del alcalde se puede inferir "(...) desde el momento en que los cheques y comprobantes de pagos girados en favor de esta empresa han sido girados y pagados con autorización del gerente de planeamiento y administración financiera, así como del subgerente de logística, funcionarios que se encuentran en relación de subordinación con el titular de la municipalidad. En efecto, de conformidad con el artículo 6 de la LOM, el alcalde es la máxima autoridad administrativa de la municipalidad, con competencia para designar y cesar a los gerentes municipales y funcionarios de confianza (artículo 20, inciso 17 de la LOM). Por su especial posición en el gobierno municipal, los alcaldes no se encuentran exentos de ser considerados como partícipes de los contratos municipales suscritos, en el sentido amplio del término, por sus funcionarios en representación de cada municipal" (Resolución N° 0593-2012-JNE).

Otra variante a tener en cuenta, es el tema de los hechos no consumados. En la Resolución N° 4645-2006-JNE, el recurrente señala que se ha configurado la causal de vacancia sustentado en el Informe N° 010-2004-MPY-ABAST emitido por personal de la oficina de abastecimiento del Concejo Provincial de Yungay, en el cual se señala que su jefe directo, le solicitó el cambio de una orden de compra de polos por la suma de 870 nuevos soles, al advertir que el proveedor era cuñado del alcalde, comunicándole que no se había hecho efectivo el pago y se le dejaría de adquirir los productos a este; asimismo, adjunta copia de un cheque del Banco de la Nación emitido por don Amaro León León, como alcalde de la municipalidad, a su cuñado, don Juan Bernardo Martínez Julia, por la mencionada suma de dinero. El TC resuelve lo siguiente: "sobre el particular, cabe precisar que para la configuración de la causal de vacancia establecida en el numeral 9 del artículo 22 de la Ley Orgánica de Municipalidades se requiere la aportación de pruebas que acrediten que la autoridad municipal haya materializado los supuestos que la norma contempla, esto es la existencia de contrato o remate de obras o servicios públicos municipales, o la adjudicación de bienes de la municipalidad y, como consecuencia del primer supuesto, que el alcalde o regidor resulte ser contratista o adjudicatario, ya sea directamente o por interpósita persona; sin embargo, en el presente caso, por un lado, el

(102) En la Resolución N° 0586-2012, el JNE ha sido más explícito en precisar que: "En vista de ello, dicha norma entiende que estos bienes no estarían suficientemente protegidos cuando quienes están a cargo de su protección (alcaldes y regidores) contraten, a su vez, con la misma municipalidad, y prevé, por lo tanto, que las autoridades que así lo hicieron sean retiradas de sus cargos. La presencia de esta doble posición por parte de la autoridad municipal, como contratante y contratado, ha sido calificada como conflicto de intereses, y, según criterio jurisprudencial asentado desde la Resolución N° 171-2009-JNE, es posible que no solo se configure cuando la misma autoridad se ha beneficiado directamente de los contratos municipales, sino también cuando se ha beneficiado a cualquier tercero respecto de quien se compruebe que la autoridad municipal ha tenido algún interés personal en que así suceda".

informe antes detallado, presentado por el apelante, se indica que el hecho no se llegó a consumir, es decir, no se hizo efectivo el pago, y, segundo, que no se ha comprobado que, de existir dicha adquisición, tenga relación directa con el alcalde de la comuna, por cuanto el hecho que el presunto vendedor haya sido su cuñado, no configura por sí la causal de vacancia que se alega”.

- 3. Conflicto de Intereses.** Señala el JNE, 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, alcalde o regidor, pues es claro que la autoridad no puede representar intereses contrapuestos (Resolución N° 0586-2012-JNE).

“Sobre cuándo se considera que un tercero podría estar en la capacidad de sumir a la autoridad municipal en un conflicto de intereses, este Supremo Tribunal Electoral ha determinado que ello es independiente de las relaciones de familia (aquellas que se dan por uniones de hecho) o de las relaciones de parentesco (aquellas que solo se dan por el matrimonio), pues aunque estas relaciones podrían evidenciar alguna cercanía de trato entre la autoridad y un tercero lo que finalmente configura la causal de vacancia por restricciones de contratación es la presencia de un conflicto de intereses, es decir, una situación en la que la autoridad municipal, objetivamente, no está capacitada para hacer prevalecer los intereses municipales sobre los personales.

Se podría afirmar, entonces, en términos simples, que la vacancia se produce cuando se comprueba la existencia de una contraposición entre el interés de la comuna y el interés de la autoridad, alcalde o regidor, porque es claro que la autoridad no puede representar intereses contrapuestos. Así, cuando no es la propia autoridad la que contrata con la comuna, no se excluirá, de inmediato, la posibilidad de que aun siendo el contratante un tercero, se presente dicho conflicto. Esto último puede ocurrir porque la autoridad tiene algún interés vinculado con el del tercero, por ejemplo, cuando el tercero es titular de la empresa que contrata con la municipalidad y la autoridad es socia de dicha empresa. De otro lado, en los casos en los que se trata de parientes o familiares que contratan con la municipalidad, respecto de los cuales se podría pensar que necesariamente existe un interés vinculado con la autoridad, este Supremo Tribunal Electoral ha señalado que no basta dicha condición para generar una situación de conflicto de intereses, salvo el caso del vínculo entre madre e hijo (autoridad), en el que se consideró obvia la existencia del interés del hijo en cautelar el patrimonio de su madre, Resolución N° 755-2006-JNE, en los demás casos, para pretender la vacancia de una autoridad, más que acreditar el parentesco, debe acreditarse la existencia del conflicto de intereses” (Resolución N° 0206-2012-JNE).

Veamos algunos casos resueltos por el JNE:

- 1. Cuando se contrata con un tercero (particular) para prestar servicios a la municipalidad.** En la Resolución N° 0319-2012-JNE, se plantea la vacancia de un regidor, al haber prestado servicio en obras de la municipalidad, tal como se demostraría en el contrato de locación de servicios suscrito entre el mencionado regidor y la empresa INSO E.I.R.L. en calidad de maestro de obras para la “Instalación de la línea de conducción de agua potable del mirador del Cañón de Sonche de la localidad de Huancas”. El regidor realiza sus descargos señalando que la celebración de un contrato celebrado como particular con

la empresa INSO E.I.R.L. no comporta la violación del artículo 63 de la LOM, además, señala, porque dicha empresa no es contratista de la municipalidad, por cuanto quien ganó la buena pro de la mencionada obra fue INCO PERÚ E.I.R.L. que es una empresa distinta. El JNE no ampara la vacancia basado en la siguiente fundamentación: “Debe analizarse, pues, si el regidor mencionado ha celebrado contrato con la Municipalidad Distrital de Huancas, si lo ha hecho a través de terceros por interpósita persona o si quienes han suscrito dichos contratos son terceros con quienes el regidor se encuentra vinculado, sea porque tiene un interés propio o directo. Ello no ha podido ser demostrado en el presente expediente, pues no obra documento alguno que ligue a la mencionada municipalidad con el regidor Dionicio Quistán Gómez. En efecto, conforme se aprecia del expediente, no existe una relación directa, distinta a la de tipo laboral ordinaria, entre INSO E.I.R.L. y el regidor, tampoco entre este último con INCO PERÚ E.I.R.L., ganadora de la buena pro de la obra municipal. Distinto sería el caso si Dionicio Quistán Gómez fuera accionista, apoderado o representante legal de alguna de las empresas mencionadas que intervienen en la ejecución de la obra municipal en cuestión, pues de este modo sí podría deducirse que tiene un interés propio o directo en la empresa que contrata de manera directa o indirecta con la municipalidad, conforme ha sido señalado en los considerandos precedentes. Al no ser ello así, al limitarse la relación entre el regidor y la empresa ejecutora a una cuyo contenido consta de un servicio específico prestado a cambio de una remuneración también específica, no puede decirse que el regidor haya contratado con la Municipalidad Distrital de Huancas, por lo que queda descartado que haya infringido el artículo 63 de la LOM y, por ende, se desestima que se encuentre incurso en la causal de vacancia señalada en la solicitud con la que se dio inicio al presente procedimiento”.

2. Contratación de asesoría legal para su defensa particular. En la Resolución N° 0259-2012-JNE, se plantea la vacancia del alcalde al haber dispuesto la contratación de los servicios profesionales de un abogado para ejercer la defensa jurídica en los procesos judiciales seguidos contra su persona. El JNE declara fundada la vacancia por las siguientes razones: “(...) del análisis del expediente es claro que: a) ha existido un contrato cuyo objeto ha sido un bien municipal, a saber el servicio de asesoría legal externa brindado por los abogados Pepe Zenobio Melgarejo Barreto y Miguel Ángel Vega Sipán, remunerados con el patrimonio de la Municipalidad Distrital de Independencia; b) ha existido intervención del alcalde Alfredo Édgar Vera Arana, en tanto se ha demostrado que ha sido beneficiario de dichos servicios legales; y c) ha existido conflicto de intereses al hacer uso de su posición de máxima autoridad administrativa de la municipalidad (artículo 6 de la LOM) beneficiarse de los servicios de asesoría legal externa en su propio interés, perjudicando de este modo el interés municipal, habida cuenta de que se trataba de trabajos remunerados con el patrimonio municipal”⁽¹⁰³⁾.

(103) En la misma resolución hace un análisis del D.S. N° 018-2002-PCM, en la medida que este dispositivo habilitaría a la contratación de asesoría legal, señala el JNE:

“Tanto en la sesión extraordinaria de concejo municipal del 7 de marzo de 2012 como en la audiencia pública de vista de la causa realizada en la fecha ante este Supremo Tribunal Electoral, el alcalde y su defensa han señalado que su actuación tiene cobertura legal en el Decreto Supremo N° 018-2002-PCM, que autoriza la contratación de asesores legales externos para la defensa judicial de los funcionarios y servidores que sean demandados administrativa, civil o penalmente.

3. Préstamo realizado a la comuna por parte del alcalde. En la Resolución N° 0242-2012-JNE se solicita la vacancia del alcalde por haber otorgado un préstamo (mutuo) a la municipalidad sin autorización del Concejo. Es interesante la posición del JNE por cuanto declara infundado el pedido de vacancia por no encontrar un conflicto de intereses, pese a que el alcalde suscribió un contrato con la Entidad y la disposición de bienes públicos. Precisa el JNE: “En relación con el tercer elemento (conflicto de intereses), a criterio de la mayoría de este Pleno, no obra en autos documento alguno que pruebe, de manera fehaciente, que existe un interés directo del alcalde de obtener un beneficio por efectuar este préstamo a la Municipalidad Distrital de Ciudad Nueva, sino que, a tal caso, la referida autoridad, así como los restantes funcionarios de dicha comuna han pretendido subsanar el vacío económico existente en el presupuesto inicialmente otorgado a la actividad primer Gran Concurso de Carnavales ‘Costumbres de mi Pueblo-Ciudad Nueva 2011’, que ascendía únicamente a S/. 70,000.00 (setenta mil y 00/100 nuevos soles), conforme se verifica de la revisión del Acuerdo de Concejo N° 017-2011-MDCN-T (foja 036). Asimismo, no debe perderse de vista que el reintegro del préstamo, así como el porcentaje al cual debía ascender, fue sometido a decisión del concejo municipal, al rendir cuentas de la actividad, en la sesión extraordinaria de concejo de fecha 22 de julio de 2011, devolución íntegra que este órgano aprobó, entendiendo que se trataban de actividades de la Municipalidad, que respondían a tradiciones culturales de la comunidad de Ciudad Nueva, por lo que las autoridades apuntaban más bien al interés general de la comuna, y no a intereses privados derivados del referido préstamo, máxime cuando no cobraron interés alguno por los montos entregados en el mes de febrero de 2012 (cuya devolución se produjo recién en el mes de julio de 2012, pese al plazo de 45 días, inicialmente previsto para ello). Por tanto, a criterio de la mayoría de este Pleno, no se configura el tercer elemento que habilite a la declaratoria de vacancia del alcalde por la causal invocada”.

Al respecto, debe señalarse que el artículo 1 del mencionado decreto supremo señala:

‘Las entidades, instituciones y organismos del Poder Ejecutivo podrán contratar servicios especializados en asesoría legal, en el caso que sus funcionarios o servidores sean demandados administrativa, civil o penalmente por actos, omisiones o decisiones adoptadas en el ejercicio regular de sus funciones (...)’.

Desde una interpretación de los artículos 110, 119 y 194 (de la Constitución), es claro que las municipalidades y el poder ejecutivo constituyen niveles de gobierno distinto. Por su parte, la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, establece en su artículo 2 a las entidades y organismos que lo integran y que se organizan bajo un régimen jerarquizado, lo cual es contrario con la autonomía política que el artículo 194 de la Constitución les reconoce a las municipalidades. Por último, la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, establece también, en su artículo I del título preliminar, que el Poder Ejecutivo y las municipalidades constituyen órganos distintos de la Administración Pública.

Por tales razones, no puede admitirse que el Decreto Supremo N° 018-2002-PCM habilite a los alcaldes a utilizar servicios de asesoría legal externa para la defensa de sus procedimientos o procesos administrativos, civiles o penales. Además, porque la finalidad de la norma es a todas luces distinta a la que se le quiere dar. Una atenta lectura del artículo transcrito permite concluir que la posibilidad de utilizar servicios legales, sufragados con el patrimonio municipal, se limita a los procesos generados a partir del ejercicio regular de las funciones de los servidores y funcionarios públicos, lo cual excluye a los litigios penales en los que la propia entidad pública sea la agraviada, o los que se hayan iniciado para la protección de los derechos constitucionales cuya titularidad corresponde al funcionario como persona natural”.

4. Haber cobrado remuneración pese a solicitar permiso y no se procedió a hacer el descuento respectivo. En la Resolución N° 0217-2012-JNE se solicita la vacancia del alcalde porque este y otros funcionarios solicitaron permiso para no asistir a la municipalidad durante los días 21 y 22 de noviembre de 2011; sin embargo, conforme se desprende de las planillas del mes de diciembre de 2011, cobraron su sueldo íntegramente, sin el descuento respectivo. Por lo tanto, adquirieron los caudales de la municipalidad sin haber realizado la prestación de servicios correspondiente. El JNE declara infundado la vacancia porque: “El primer elemento para la determinación de la infracción del artículo 63 hace referencia a la existencia de un contrato cuyo objeto es un bien municipal. En el presente caso obra en autos la planilla de pago del alcalde, de los empleados nombrados y directivos correspondiente al mes de diciembre de 2011 (foja 57, 59 a 61) y la relación de beneficios del personal nombrado, funcionarios y contratados (foja 83), en los que se detalla los conceptos de remuneración mensual y beneficios como plus del 60 %, canasta familiar mensual, escolaridad, capacitación, bonificación por el día de la madre, bonificación por el día del padre, bonificación por fiestas patrias, bonificación por el día del trabajador municipal y bonificación por navidad. Sin embargo, conforme este órgano colegiado ha señalado en la Resolución N° 429-2010-JNE, el cobro de los conceptos antes señalados se refieren a conceptos de índole remunerativo que no se encuentran dentro del marco de aplicación del artículo 63 de la LOM, conforme a lo señalado también en el literal a del considerando 1 de la presente resolución. Sin perjuicio de ello, ante el posible cobro indebido de los citados conceptos y la supuesta contravención de las disposiciones contenidas en la Ley N° 29626, Ley de presupuesto del sector público para el año fiscal 2011, este órgano colegiado considera pertinente remitir copia de lo actuado a la Contraloría General de la República, a fin de que proceda conforme a sus atribuciones y establezca, de ser el caso, la responsabilidad a que haya lugar”.

5. Sobre la relación de la causal con respecto a la Ley de Contrataciones del Estado. En la Resolución N° 058-2012-JNE, dice el Tribunal: “Conforme lo señala la regidora Rosa Amelia Olivos de Valdera, el artículo 3, numeral 3.3, literal h, del Decreto Legislativo N° 1017, que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado, dispone que la referida norma no se aplica a las contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a tres Unidades Impositivas Tributarias vigentes al momento de la transacción, salvo que se trate de bienes y servicios incluidos en el Catálogo de Convenios Marco.

Por su parte, el artículo 63 de la LOM dispone 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, constituyéndose el incumplimiento de dichas restricciones de contratación en una causal de declaratoria de vacancia.

Adviértase que el artículo 63 de la LOM no prevé ni condiciona la aplicación de dichas restricciones de contratación a monto mínimo alguno involucrado en la relación contractual, ni tampoco establece un límite en torno a la vinculación existente entre el proveedor de la entidad pública y el funcionario o servidor público (en este caso, la regidora), como sí ocurre con el artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1017, que regula los impedimentos para ser proveedor o contratista del Estado.

Dado que a) nos encontramos ante un procedimiento de declaratoria de vacancia; b) el artículo 63 de la LOM tiene por finalidad proteger el patrimonio municipal, disposición de vital importancia para que las municipalidades cumplan con sus funciones y finalidades de desarrollo integral, sostenible y armónico de su circunscripción; y c) el artículo 63 de la LOM no contempla ningún monto mínimo para que resulte aplicable la restricción prevista en este, precisamente porque la finalidad que persigue no está condicionada a la cuantía, ya que lo que se persigue también es promover y salvaguardar una conducta responsable y ética de las autoridades municipales. Este órgano colegiado concluye que debe resultar de aplicación directa, la norma especial prevista para el procedimiento de declaratoria de vacancia, esto es, el artículo 63 de la LOM, por lo que corresponde desestimar el argumento de la regidora, sustentado en lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1017”.

6. Contratación de personal CAS sin concurso previo. En la Resolución N° 053-2012-JNE: “Con relación a la causal establecida en el artículo 63 de la LOM, la norma aludida señala restricciones a la facultad de contratar del alcalde, regidores, funcionarios, servidores y trabajadores municipales. La finalidad de esta norma es la protección del patrimonio municipal, disposición de vital importancia para que las municipalidades cumplan con sus funciones y finalidades de desarrollo integral, sostenible y armónico de su circunscripción. En el caso concreto, la supuesta contratación de personas allegadas al alcalde bajo la modalidad CAS, sin concurso previo, no configura la causal establecida en el artículo 63 de la LOM. En todo caso, de existir alguna irregularidad en la contratación de personal esta debe ser materia de investigación por parte de la autoridad competente, por lo tanto corresponde derivar a la oficina de control interno del concejo provincial, a efectos de que inicie las investigaciones de las presuntas irregularidades alegadas por el solicitante de la vacancia”.

7. El caso de la transferencia de bienes sin autorización del Concejo a que se refiere el art. 66 de la LOM. El JNE en la Resolución N° 171-2009-JNE, de fecha 23 de febrero de 2009, ha realizado una interpretación extensiva del artículo 63 de la LOM, en la que establece la prohibición de la transferencia de bienes municipales sin la autorización de los dos tercios del número legal de los miembros del concejo municipal descrito en el artículo 66 de la LOM, y establece que las consecuencias del incumplimiento de tal disposición han de asimilarse a las contenidas en el artículo 63 de la LOM, que son la nulidad del contrato y la vacancia del alcalde.

En la Resolución N° 009-2012-JNE, el Tribunal amplía el criterio: “En la Resolución N° 171-2009-JNE, a la cual hace referencia la solicitante de la vacancia, se establece que uno de los supuestos de vacancia, sin que esté expresamente contenido en el artículo 63 de la LOM, 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 disponga de bienes municipales por el órgano ejecutivo (alcaldía) sin conocimiento o autorización del órgano legislativo (concejo municipal). Agrega dicha resolución que para la configuración de la causal de vacancia es importante considerar la existencia de un conflicto de intereses, si a pesar de que la normativa municipal requiere la aprobación del concejo municipal para disponer de un bien, el alcalde decide contratar directamente con un tercero, al

que está vinculado, sin someter su decisión al concejo municipal. En tal sentido, para que opere la causal invocada, lo importante es evitar que el interés público que rige el manejo de los recursos municipales sea defraudado por el interés particular que persigue todo contratante; por ello es que, a quien infrinja dicha norma, por encontrarse en un conflicto de intereses se le sanciona con la vacancia, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles y penales a que hubiese lugar”.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que no basta la falta de acuerdo para que se configure la causal, será necesario probar la existencia de la relación contractual y sobre todo el conflicto de intereses. Como ejemplo, está la evaluación que hace el JNE, en la Resolución N° 009-2012-JNE: “En tal sentido, para determinar si el alcalde del Concejo Provincial de Tacna incurrió en la causal señalada en el párrafo precedente, se deberá considerar si existió un conflicto de intereses respecto del alcalde Fidel Carita Monroy, cuando se realizó la cesión en uso de los bienes muebles para la Asociación de Cesantes, Jubilados y Montepío de la Municipalidad Provincial de Tacna sin cumplir con el procedimiento legal establecido en el artículo 66 de la LOM. Si bien, como señala la apelante, la entrega efectiva de los bienes se realizó cuando el alcalde se encontraba en el ejercicio de sus funciones, es cierto también que no se ha acreditado la existencia de una relación bilateral entre la municipalidad –en cuanto institución– y el alcalde –en cuanto sujeto particular–, o de un tercero vinculado a dicha autoridad municipal, que permita presumir que dicha transferencia se realizó con la finalidad de favorecer el interés particular de un tercero o el suyo propio. Más aún si dicho acto fue formalizado por la Resolución de Alcaldía N° 438-2011 suscrito por la regidora Clelia Nancy Claro de Pauca cuando ejerció interinamente el cargo de alcaldesa. No está de más señalar que este Supremo Tribunal Electoral ha establecido en Resolución N° 779-2011-JNE, de fecha 22 de noviembre de 2011 (Expediente N° J-2011-738), que la decisión de ceder en uso determinados bienes muebles realizada a través de la Resolución de Alcaldía N° 438-2011 a favor de la Asociación de Cesantes, Jubilados y Montepío de la Municipalidad Provincial de Tacna no constituye infracción a la prohibición de contratar dispuesta en el artículo 63 de la LOM”.

- 8. Cobro indebido de dietas.** En la Resolución N° 104-2008-JNE, se plantea la vacancia en tanto los regidores cobraron indebidamente dietas correspondientes a los meses de enero, febrero y marzo de 2007, obviando la prohibición de reajuste e incremento de remuneraciones, bonificaciones y dietas establecida por la Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2007 N° 28927, aprobando mediante Acuerdos N° 06 y 26-2007-MDI, aumentos de la remuneración del alcalde y con ello, del monto de las dietas de los regidores, hecho que constituyendo un contrato sobre ellas, ingresa al ámbito de restricción dispuesto por la Ley N° 27972, lo cual además configura el delito de enriquecimiento ilícito. Resuelve el JNE: “Que, el artículo 63 de la Ley N° 27972 establece que: ‘El alcalde, los regidores, empleados y funcionarios municipales no pueden contratar, rematar obras o servicios públicos municipales ni adquirir directamente o por interposición persona sus bienes. Se exceptúa de la presente disposición el respectivo contrato de trabajo, que se formaliza conforme a la ley de la materia (...)’, de lo cual se desprende, primero, que las restricciones de contratación impuestas sobre los citados funcionarios públicos y que constituyen causal de vacancia, están vinculadas a obras, bienes y servicios municipales, y segundo, que estando

relacionada esta norma a restricciones a la contratación entre la municipalidad y sus funcionarios, su única excepción es aquella vinculada a los contratos de trabajo, supuesto este en que, al ser excepción, no tiene como consecuencia jurídica la vacancia en el cargo ni del alcalde ni del regidor; que, como puede advertirse, los hechos en que se sustenta el recurrente para fundamentar su pedido de vacancia no están referidos a contrataciones entre los regidores y la municipalidad respecto de obras, bienes o servicios municipales, debiendo recalarse que la relación entre estos funcionarios públicos y dicha entidad estatal no está basada en contratos de trabajo pues ocupan sus cargos en virtud de haber sido elegidos por el voto popular, de manera que las dietas que perciben no responden a contrato alguno; siendo ello así, en el presente caso no se ha configurado la causal de vacancia invocada, por lo que corresponde rechazar el recurso, sin dejar de mencionar que el apelante tiene expedito su derecho de ejercer las acciones correspondientes en la vía pertinente”.

9. Cobro de bonificaciones y beneficios provenientes de un pacto colectivo.

En la Resolución N° 0556-2012-JNE, se plantea la vacancia del alcalde por: a) la administración municipal aprobó, con fecha 2 de junio de 2011, el pacto colectivo para incrementar condiciones y salarios a los trabajadores de la entidad; esto mediante la Resolución de Alcaldía N° 292-2011-MDCGAL, sobre la base del pliego petitorio del Sindicato de Trabajadores de la Municipalidad Distrital de Coronel Gregorio Albarracín Lanchipa (en adelante, Sitramun GAL); b) sin embargo, de manera contraria a las leyes, el alcalde hace la ejecución de este pacto colectivo en beneficio propio al tener cobros indebidos, transgrediendo el Decreto Supremo N° 026-82-JUS, del 13 de abril de 1982, que señala en forma expresa, en su artículo 17, que: “(...) El pliego de peticiones sobre condiciones generales de trabajo será presentado como máximo el 31 de marzo de cada ejercicio presupuestal, iniciándose su vigencia el primero de enero del ejercicio presupuestal siguiente (...)”. El JNE al resolver esta causa, varía de criterio jurisprudencial, amparando la vacancia, basado en los argumentos siguientes:

“8. Debe recordarse que las interpretaciones y opiniones del Jurado Nacional de Elecciones son *erga omnes*, es decir, obligatorias respecto de todos o frente a todos, salvo para el propio tribunal. No obstante ello, también debe recordarse que, cuando el colegiado electoral varíe su jurisprudencia o interpretaciones, deberá hacerlo mediante resolución debidamente razonada. Esto significa que la posibilidad de variación de un criterio jurisprudencial irá de la mano de una adecuada justificación, lejos de toda arbitrariedad.

9. Conforme a la Resolución N° 770-2011-JNE, ha sido posición uniforme del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones que el cobro de bonificaciones a los que el alcalde no tenga derecho no puede ser considerado como un contrato sobre bienes municipales. Esto, por cuanto, se asumía que se trataba más bien de actos de gestión interna de la administración municipal en la que se hacían efectivos montos dinerarios, aparentemente sustentados en las disposiciones legales, que forman parte de la remuneración, en sentido amplio, a la que tienen derecho por las funciones desarrolladas. Así, se asumió que no se trataría pues de la constitución de una relación contractual *ex novo*, tendiente a afectar el patrimonio municipal a favor de una o varias personas.

10. De igual forma, se hizo mención a que la celebración de un pacto colectivo no reunía ninguno de los requisitos que se exige para la configuración del artículo 63 de la LOM, máxime cuando dicha negociación del tipo bilateral, entre un sindicato y la administración municipal, busca mejorar las condiciones de una relación laboral ya existente, lo que, según advierte la legislación municipal vigente, no se encuentra proscrito en forma taxativa, siendo el contrato laboral, la única excepción prevista por el legislador a la prohibición del artículo 63 señalado.

11. Sin embargo, toda vez que se da una irregular recurrencia de este tipo de actos, así como de una exigencia social de un mayor control sobre el buen uso de los recursos municipales, conforme a lo previsto por la LOM, este Supremo Tribunal Electoral, en el presente caso, busca replantear su doctrina jurisprudencial en cuanto a la posibilidad de declarar la vacancia de los funcionarios municipales de elección popular que hayan sido beneficiados por aquellas bonificaciones, gratificaciones y demás beneficios otorgados mediante pacto colectivo, y cuyos cobros irregulares hayan afectado al patrimonio municipal.

12. Desde esta perspectiva, ya no será posible excusar tales irregularidades contra el patrimonio municipal, en el supuesto de que estos cobros, si bien irregulares, provenían de una subsistente relación laboral, pues dicha excepción solo estará limitada a cuando se haga referencia a los derechos y obligaciones propias de una relación laboral no contraria al ordenamiento jurídico vigente.

13. Así, en el presente caso, es sabido que el ingreso mensual otorgado a los alcaldes, aprobado por cada concejo municipal, según corresponda, es un ingreso por todo concepto, por lo que estos no pueden encontrarse afectos al cobro de bonificaciones y gratificaciones producto de un pacto colectivo celebrado por la entidad municipal que ellos presidan, conforme a las restricciones reseñadas en los fundamentos 5 y 6 de la presente resolución. Por tal razón, a juicio de este Supremo Tribunal Electoral, los hechos expuestos comprometen la actuación del alcalde Santiago Florentino Curi Velásquez, razón por la cual se ha infringido en este aspecto la prohibición contenida en el artículo 63 de la LOM, máxime cuando se advierte de los actuados que dicho monto dinerario, recepcionado de manera indebida, no ha sido devuelto ante la misma administración municipal. Esto último a todas luces prueba la existencia de un provecho pecuniario respecto de los recursos municipales por parte de la autoridad”.

Posteriormente, y ante la presentación de un Recurso Extraordinario, mediante la Resolución N° 671-2012-JNE, se declara nula la Resolución N° 0556-2012-JNE, **pero dejando subsistente el criterio jurisprudencial**; así señala el JNE: “En esa medida, no obstante este tribunal electoral busca mantener los criterios expuestos en la recurrida, es decir, considerar como un supuesto de hecho prohibido por el artículo 63, y por lo tanto, **sancionado con la vacancia del cargo, como es el hecho de que los alcaldes incurran en cobros irregulares por conceptos de bonificaciones, gratificaciones y demás beneficios sobre la base de la aplicación indebida de un pacto colectivo**. Sin embargo, no se puede obviar que la decisión asumida, vacancia del alcalde Santiago Florentino Curi Velásquez, no ha tenido a la vista ciertos documentos relevantes para definir si la autoridad buscó obtener un provecho pecuniario en desmedro del propio patrimonio municipal que como máxima autoridad edil debe custodiar” (resaltado nuestro). Es decir, repone al alcalde en su cargo debido a que se

tomó en consideración que el alcalde, a través del Memorando N° 018-2012-MDCGAL/ALC, de fecha 18 de marzo de 2012, puso en conocimiento del subgerente de recursos humanos que se pase a suspender los pagos por beneficios que como alcalde venía percibiendo (fiestas patrias, fiestas de Tacna, día del trabajador municipal, navidad), contemplados en el acuerdo paritario 2012. **Este actuar significó el cese de tales cobros y probaría que la autoridad ha buscado regularizar, en su debida oportunidad, la percepción de los cobros indebidos.**

Por tanto, mantiene el criterio jurisprudencial contenido en la Resolución N° 0556-2012-JNE, emitiendo nuevo procedimiento en los mismos términos:

“Análisis del caso concreto.

18. Una vez determinada la existencia de un vicio de nulidad al momento de expedir la Resolución N° 0556-2012-JNE, corresponde a este Supremo Tribunal Electoral emitir nueva opinión sobre los hechos materia de la solicitud de vacancia.

Con relación al cobro indebido de bonificaciones y gratificaciones, vía convenio colectivo, el artículo 42 de nuestra Constitución Política reconoce, entre otros, que son derechos de los servidores públicos el de sindicalización, y por ende la suscripción de convenios colectivos. No encontrándose comprendidos en dicha norma los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, así como tampoco los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

19. Así por ejemplo, el Supremo Intérprete Constitucional, en el Expediente N° 0008-2005-AI, fundamento 52, ha señalado que: ‘Para ser titular de este derecho existe una condición previa que se deriva del carácter colectivo de la negociación, de manera que los titulares deberán ser los sindicatos, las organizaciones representativas de los trabajadores o los representantes de los trabajadores. (...) Consecuentemente, las organizaciones sindicales de los servidores públicos serán titulares del derecho a la negociación colectiva, con las excepciones que establece el mismo artículo 42, a saber los funcionarios del Estado con poder de decisión, los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, y los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional’.

20. En atención a lo expuesto, se asume que los funcionarios que desempeñan cargos de confianza o decisión, están impedidos de formar parte de un sindicato de trabajadores; por lo mismo, tampoco están comprendidos en la carrera administrativa, siendo por ello, que no les corresponde los beneficios obtenidos a través de la negociación colectiva. Por lo tanto, se encuentran fuera del marco de aplicación de los beneficios obtenidos a través de un pacto colectivo, tanto los alcaldes como su personal de confianza.

21. Además, el ingreso mensual otorgado a los alcaldes, aprobado por cada concejo municipal, según corresponda, es un ingreso por todo concepto, es decir, que estos no pueden encontrarse favorecidos con el cobro de bonificaciones y gratificaciones producto de un pacto colectivo celebrado por la entidad municipal que ellos presidan.

22. En atención a dichos criterios, y manteniéndose dentro de los parámetros de interpretación que ha realizado este colegiado electoral respecto del artículo 63 de la LOM, es posible declarar la vacancia de aquellas autoridades que hayan sido

beneficiadas de manera irregular por el cobro de bonificaciones y gratificaciones obtenidas vía pacto colectivo al que no tienen derecho; esto en busca de un mejor control sobre el uso de los caudales municipales, a fin de prevenir su aprovechamiento indebido, bajo el pretexto de encontrarse amparados, vía pacto colectivo, por los beneficios otorgados a las integrantes de las organizaciones sindicales.

23. Sin perjuicio de lo anterior, en este extremo del pedido de vacancia, el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones no puede obviar que el recurrente, mediante el Memorando N° 018-2012-MDCGAL/ALC, de fecha 18 de marzo de 2012, puso en conocimiento del subgerente de recursos humanos, que se suspenda el pago por bonificaciones y gratificaciones que como alcalde venía percibiendo, y que figuran en el convenio colectivo del presente año para los trabajadores municipales.

Este proceder desvirtúa, en el caso concreto, que el alcalde haya buscado la obtención no debida de los caudales municipales vía pacto colectivo; por lo tanto, conforme es criterio exigible en la configuración de la causal de vacancia prevista en el artículo 63 de la LOM, no es posible asumir con meridiana certeza que el alcalde, a través de tales cobros, haya superpuesto su interés particular al interés público municipal.

24. Conforme se ha indicado en el fundamento 17 de la presente resolución, debe tenerse en consideración que la autoridad cuestionada, una vez iniciado el procedimiento de vacancia, y advertida de su conducta irregular, ha procedido con la devolución de los montos percibidos durante el año 2011. Así, es importante precisar que para todos aquellos futuros casos, se considerará si se ha regularizado de inmediato y devuelto el íntegro del monto dinerario por dicho concepto, lo que deberá ser debidamente acreditado. En esa medida, el Jurado Nacional de Elecciones desestima el pedido de vacancia, por dicha causal, en su caso". (Véase también la Resolución N° 1154-2012-JNE, donde no se declara la vacancia al haberse devuelto lo indebidamente cobrado, no existiendo por tanto conflicto de intereses).

Sin embargo, debe precisarse que la prohibición solo está referida a la percepción de beneficios provenientes de un pacto colectivo. En la Resolución N° 552-2013-JNE, se resuelve: "En consecuencia, conforme a ello, tal como lo señaló este órgano colegiado mediante la Resolución N° 082-2013-JNE, de fecha 29 de enero de 2013, el criterio jurisprudencial establecido a partir de las Resoluciones N° 0556-2012-JNE, de fecha 31 de mayo de 2012, y N° 671-2012-JNE, de fecha 24 de julio de 2012, ciñó bajo el ámbito de control del Jurado Nacional de Elecciones única y exclusivamente aquellos beneficios laborales indebidamente percibidos por el alcalde, en razón a su origen en un convenio colectivo, esto es, se circunscribe solamente a aquellas sumas de dinero que son directa e indebidamente percibidos por el alcalde, en aplicación de un convenio o pacto colectivo".

Otro tema relacionado a los pactos colectivos, analizó el JNE con ocasión de la Resolución N° 028-2013-JNE, donde se le imputa al alcalde que habría otorgado asignaciones, aguinaldo y gratificaciones, no contempladas en la ley o norma alguna, a manera de donaciones o liberalidades, a favor de los funcionarios municipales de confianza. Agrega que el alcalde distrital, mediante la Resolución de Alcaldía N° 292-2011-MDCGAL, aprobó el pacto colectivo del año 2011, y otorgó beneficios

laborales para los funcionarios de confianza, tal como consta en las respectivas planillas de remuneraciones. El JNE resuelve lo siguiente:

“9. De la lectura de la solicitud de vacancia se advierte que el hecho imputado al alcalde distrital es haber extendido a los funcionarios municipales los beneficios, bonificaciones, gratificaciones y otros, los cuales fueron otorgados en mérito a la Resolución de Alcaldía N° 292-2011-MDCGAL, que aprobó el pacto colectivo correspondiente al año 2011.

Así, se advierte que en el presente caso, a diferencia del tratado en el Expediente N° J-201200327, no se imputa como hecho concreto que haya sido el mismo alcalde el que haya cobrado a su favor los beneficios antes citados como producto de un pacto colectivo.

10. De la revisión de los documentos obrantes en autos se advierte que, en efecto, Santiago Florentino Curi Velásquez, en calidad de alcalde distrital de la Municipalidad Distrital de Coronel Gregorio Albarracín Lanchipa, suscribió y firmó la Resolución de Alcaldía N° 292-2011-MDCGAL, del 2 de junio de 2011, a través de la cual se aprobó el acta final del pliego petitorio 2011, del sindicato de trabajadores de la citada entidad edil ‘SITRAMUN-GAL’, de fecha 11 de febrero de 2011, celebrada por la comisión paritaria.

11. Ahora bien, si bien en la citada resolución de alcaldía no se hace mención expresa de que el otorgamiento de los beneficios, bonificaciones, gratificaciones y otros, se harán extensivos a los funcionarios públicos y personal de confianza de la entidad, debe tenerse en cuenta que, de la revisión de las planillas que se adjuntan al presente, se advierte que, en efecto, dichos conceptos fueron pagados por la municipalidad y efectivamente cobrados, materializándose así el hecho irregular que precisamente la norma municipal pretende evitar.

12. Sin embargo, resulta importante mencionar que el alcalde distrital dispuso las medidas correctivas correspondientes, tal como se aprecia en el Memorandum N° 075-2012-MDCGAL/ALC, del 13 de setiembre de 2012, a efectos de que se corrija la extensión a los funcionarios públicos considerados como personal de confianza respecto de los beneficios obtenidos por convenio colectivo.

En mérito a ello, se advierte, a foja 101, el Informe N° 699-2012-GM/MDCGAL, de fecha 9 de noviembre de 2012, elaborado por el gerente municipal de la municipalidad distrital, que informa que se ha efectivizado la devolución de la bonificación por escolaridad proveniente del pacto colectivo 2011, por parte de los funcionarios afectos a ellos.

13. De otro lado, en el mismo informe se dispuso que, en forma coordinada las subgerencias de recursos humanos y de tesorería, así como la gerencia de contabilidad y las que correspondan, realicen los trámites correspondientes para que se efectúe la devolución de las bonificaciones, gratificaciones, y aguinaldos otorgados, en mérito del pacto colectivo del año 2011, a los funcionarios de confianza, estableciéndose que dicho descuento se iniciara en noviembre de 2012, previa autorización de cada funcionario y/o también a través de una carta solicitándoles las devoluciones.

En el caso de los trabajadores que ya no laboren en la municipalidad, se estableció que la comunicación de la devolución se realizaría por carta notarial, y en el caso de que aún no hubiesen recibido su liquidación, se les efectuaría el descuento correspondiente.

14. Así, se advierte, a foja 234, el Memorándum N° 249-2012-SGRH/GA/GM/MDCGAL, de fecha 19 de noviembre de 2012, emitido por el subgerente de recursos humanos de la Municipalidad Distrital de Coronel Gregorio Albarracín Lanchipa, y a través del cual se dispuso efectuar los descuentos de las remuneraciones de los funcionarios de confianza.

15. De otro lado, en razón de la liquidación realizada respecto de las bonificaciones, aguinaldo, y asignaciones familiares (fojas 236 a 237), cobradas en virtud del pacto colectivo del 2011 por los funcionarios de confianza, se emitieron las cartas correspondientes a dichos funcionarios, con el fin de solicitarles la autorización correspondiente para disponer el descuento por planillas (fojas 238 a 242). Así también, obran las cartas remitidas a los exfuncionarios de la municipalidad distrital que fueron beneficiados con estos cobros, a efectos de solicitarles la devolución de ellos (fojas 245 a 252).

16. Al ver este ánimo, se tiene que el alcalde no ha tenido interés directo en que algún tercero, en este caso los funcionarios municipales de dirección y/o confianza, obtenga de manera no debida los caudales municipales vía pacto colectivo; por lo tanto, conforme es criterio exigible en la configuración de la causal de vacancia prevista en el artículo 63 de la LOM, no es posible asumir con meridiana certeza que el alcalde, a través de la emisión de la Resolución de Alcaldía N° 292-2011-MDCGAL, haya superpuesto su interés particular al interés público municipal.

17. En tal sentido, al no haberse acreditado uno de los elementos indispensables en la configuración de la causal de vacancia contenida en el artículo 63 de la LOM, como es el conflicto de interés, se tiene que el alcalde de la Municipalidad Distrital de Coronel, Gregorio Albarracín Lanchipa no ha incurrido en la causal de vacancia señalada en el artículo 22, numeral 9, del mismo cuerpo legal.

18. Finalmente, y sin perjuicio de lo antes señalado, este órgano colegiado considera que los hechos imputados al alcalde deben ser materia de investigación por el órgano competente; en ese sentido, considera conveniente remitir lo actuado a la Contraloría General de la República, a efectos de que actúe conforme a sus atribuciones”.

10. Uso de un lema político. En la Resolución N° 1109-2012-JNE se solicita la vacancia del alcalde al haber hecho uso indebido y con una finalidad particular el lema municipal “Cayma feliz”, debido a que con anterioridad había adquirido un kit electoral para el reconocimiento de una organización política local del mismo nombre. El JNE resuelve lo siguiente:

“3. En el presente caso y conforme a lo expuesto, resulta necesario analizar, en primer lugar, si los actos atribuidos al alcalde de la Municipalidad Distrital de Cayma constituyen contratos que hayan recaído sobre bienes municipales. En esa medida, conforme a las imputaciones realizadas por el solicitante de

la vacancia, Oswaldo Álvaro Muñiz Huillca estaría utilizando en documentos oficiales, carteles, papelería y avisos de la Municipalidad Distrital de Cayma el lema 'Cayma feliz', el mismo que guarda coincidencia exacta con su correo electrónico y, especialmente, con el nombre de una organización política local de la que es miembro fundador.

4. Este Supremo Tribunal Electoral es consciente de que en muchas oportunidades los gobiernos locales hacen uso de ciertos lemas con la finalidad de hacer visible sus obras o identificar una determinada gestión o estilo de gobierno. De allí que la utilización de frases o lemas que acompañen a los símbolos como escudos o nombres oficiales de la comuna en documentos, avisos, carteles, o en cualquier medio, no constituya una actividad ilícita por sí misma. Lo que sí resulta ilícito y reprochable es que se elija utilizar ciertos lemas que se encuentran asociados a actividades particulares, del alcalde o de terceros, lo cual redundaría en un beneficio indebido de aquello que se realice por parte de una institución pública.

5. No obstante, también resulta cierto que la declaración de vacancia constituye una sanción, por cuanto deriva en el alejamiento definitivo del cargo de alcalde o regidor. Por eso, se hace necesario el respeto de los principios del derecho sancionador, entre ellos el de legalidad y tipicidad, según los cuales la actividad merecedora de sanción debe estar previamente prevista en la ley o norma con rango de ley. Esto es, que la conducta guarde concordancia con el supuesto de hecho descrito o, de lo contrario, por muy reprochable que se considere, no podrá ser objeto de sanción.

6. En el presente caso, ciertamente, la frase 'Cayma feliz' ha sido utilizada de un tiempo a esta parte por Oswaldo Álvaro Muñiz Huillca, por ejemplo, en la compra en el año 2009 de un kit electoral ante la Oficina Nacional de Procesos Electorales para la constitución de una organización política local del mismo nombre, o también como parte integrante de su dirección de correo electrónico, consignado en su declaración jurada como candidato a las Elecciones Municipales 2010, proceso electoral en el que fue finalmente elegido como alcalde de la Municipalidad Distrital de Cayma.

7. A pesar de que se comprueba la coincidencia de una frase inicialmente utilizada para identificar un interés privado (organización política, correo electrónico personal, etcétera), y luego para identificar una gestión municipal, y que ello resulte reprochable por cuanto podrá ser utilizada en un futuro con fines políticos, no nos encontramos ante la existencia de un contrato sobre bien municipal que exige el artículo 63 de la LOM como elemento para la declaración de vacancia que es solicitada.

8. En efecto, no solo debe tenerse en cuenta en que el uso de la frase 'Cayma feliz' por parte de la persona de Oswaldo Álvaro Muñiz Huillca es anterior al uso como lema por la Municipalidad Distrital de Cayma, sino que tampoco, por este hecho, se trata de un bien de carácter municipal, pues no se identifica con alguno de los señalados en el artículo 56 de la LOM.

9. Esta constatación nos permite concluir que no nos encontramos ante un contrato sobre bienes municipales, por lo que debe desestimarse la pretensión de vacar al alcalde Oswaldo Álvaro Muñiz Huillca, correspondiendo,

consecuentemente, amparar la apelación interpuesta contra la decisión del Concejo Distrital de Cayma.

10. Si bien es cierto que los hechos imputados no se encuentran previstos como causal de vacancia del alcalde Oswaldo Álvaro Muñiz Huillca, este órgano colegiado considera que existen irregularidades que deben ser puestas en conocimiento de la Contraloría General de la República”.

Diferencias de esta causal con la figura del nepotismo

Una de los argumentos de defensa expuestos por las autoridades, cuando se les cuestiona haber beneficiado a familiares directos e indirectos, es alegar que no tienen con los beneficiarios ningún parentesco. De allí que el JNE en la Resolución N° 0586-2012-JNE, ha marcado las diferencias de esta causal con respecto a la figura del nepotismo. “En este último punto de análisis, en vista de los hechos antes referidos, este Supremo Tribunal Electoral considera pertinente recalcar que la causal de vacancia por conflicto de intereses es distinta de la del nepotismo, de modo que el deslinde que pretende hacer el alcalde sobre el hecho de que no posee relación de parentesco en segundo grado por afinidad con la hermana de la que era su conviviente es innecesaria, puesto que no estamos en un proceso de vacancia por nepotismo, sino en uno por conflicto de intereses, en el que las relaciones de parentesco son relevantes solo en tanto y en cuanto podrían propiciar que el alcalde ingrese en una situación en la que no pueda sobreponer los intereses de la municipalidad a los suyos”⁽¹⁰⁴⁾.

ARTÍCULO 64.- DONACIÓN DE BIENES MUNICIPALES

Las municipalidades, por excepción, pueden donar, o permutar, bienes de su propiedad a los Poderes del Estado o a otros organismos del Sector Público.

Las donaciones de bienes a favor de una municipalidad están exoneradas de todo impuesto, conforme a la ley de la materia, así como del pago de los derechos registrales y derechos arancelarios cuando los bienes provienen del extranjero.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Arts. 9:25), 67

(104) Un ejemplo de la aplicación de esta diferencia, lo da el JNE en la Resolución N° 0206-2012-JNE: “En la citada resolución, este Pleno observó que la Municipalidad Provincial de Talara había contratado con Javier Humberto Tonder Ruiz, padre de los hijos de la sobrina del alcalde, por la compra de materiales de construcción y pintado de paredes del Centro Cívico de la municipalidad. Asimismo, observó que si bien existía una relación entre el alcalde y su sobrina, Roxana del Pilar Rojas Saavedra, **lo importante no era probar la existencia de esta relación**, ni tampoco la que pudiera existir entre Javier Humberto Tonder Ruiz y la sobrina del alcalde (si eran convivientes o solo progenitores de dos hijos), **puesto que lo importante era, en específico, determinar la existencia de una relación cercana entre el tercero que contrató con la municipalidad**, Javier Humberto Tonder Ruiz, y el alcalde, a fin de determinar si este tuvo algún interés en querer favorecerlo. De ahí que este Supremo Tribunal Electoral declaró que necesitaba medio probatorio específico que probara tal relación, y dado que esto no se plasmaba en el expediente, no era posible dar por sentada la aparición de un conflicto de intereses en la persona del alcalde” (resaltado nuestro).

ARTÍCULO 65.- CESIÓN EN USO O CONCESIÓN

Las municipalidades están facultadas para ceder en uso o conceder en explotación bienes de su propiedad, en favor de personas jurídicas del sector privado, a condición de que sean destinados exclusivamente a la realización de obras o servicios de interés o necesidad social, y fijando un plazo.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Art. 33

ARTÍCULO 66.- APROBACIÓN DEL CONCEJO MUNICIPAL

La donación, cesión o concesión de bienes de las municipalidades se aprueba con el voto conforme de los dos tercios del número legal de regidores que integran el concejo municipal.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Arts. 9:25), 64

ARTÍCULO 67.- APROBACIÓN POR CONSULTA POPULAR

Cuando se trate de donaciones de inmuebles cuyo valor sea superior al 20 % (veinte por ciento) del patrimonio inmobiliario municipal, se requiere de aprobación por consulta popular.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Art. 64

ARTÍCULO 68.- DESTINO DE LOS BIENES DONADOS

El acuerdo municipal de donación, cesión o concesión debe fijar de manera inequívoca el destino que tendrá el bien donado y su modalidad.

El incumplimiento parcial o total de la finalidad que motivó la donación, cesión o concesión, ocasiona la reversión del bien inmueble a la municipalidad, la cual incorpora a su patrimonio las mejoras, a título gratuito.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Arts. 64, 65

COMENTARIO

Se comentan en forma conjunta los arts. 64 al 68 de la LOM, por estar relacionados respecto a la facultad, procedimiento, formalidad y destino de la donación, cesión en uso o concesión de los bienes municipales.

Los requisitos formales sobre la transferencia de bienes

- a) Acuerdo de Concejo que aprueba la donación, cesión en uso o concesión, con el voto conforme de los dos tercios del número legal de **regidores** que integran el Concejo Municipal, de conformidad con el art. 66 de la LOM.

Consideramos que hay un error de redacción en el art. 66 por cuanto el número legal se obtiene de la totalidad del miembro del Concejo Municipal (el alcalde y los regidores elegidos, y no solo los regidores), de conformidad con lo dispuesto en el art. 18 de la LOM, por lo que así debe entenderse.

- b) El acuerdo de Concejo Municipal de donación, cesión en uso o concesión debe fijar, de manera inequívoca, el destino que tendrá el bien dispuesto y su modalidad, de conformidad con el art. 68 de la LOM. Disposición similar contiene el art. 30 del D.S. N° 07-2008-VIVIENDA - Reglamento de la Ley N° 29151- Ley General del Sistema Nacional de Bienes estatales, que establece: “Las personas naturales o jurídicas de derecho público o de derecho privado que tengan a su cargo bienes estatales bajo cualquier modalidad, deberán destinarlos a actividades que no sean contrarias a los fines del Estado, bajo sanción de extinción del derecho o resolución del contrato”.

Este requisito es muy importante, porque en caso de que el beneficiario incumpla con el destino para el cual le fue otorgado, ocasionará la reversión del bien inmueble a la municipalidad, la cual incorpora a su patrimonio las mejoras, a título gratuito.

- c) Cualquier transferencia de propiedad o concesión sobre bienes municipales se hace a través de subasta pública, conforme a ley.
- d) Todos los actos de adquisición, administración y disposición de los bienes estatales deben estar sustentados por la entidad que los dispone mediante un informe técnico-legal que analice el beneficio económico y social para el Estado, de acuerdo con la finalidad asignada, el que estará acompañado, de la solicitud del interesado y, de ser el caso, copia literal actualizada de la partida registral respectiva, plano perimétrico, de ubicación, de distribución, memoria descriptiva, así como los demás que establezca el reglamento, de acuerdo con el art. 34 del D.S. N° 07-2008-VIVIENDA - Reglamento de la Ley N° 29151 - Ley General del Sistema Nacional de Bienes estatales.
- e) La entrega o recepción de bienes en los actos de adquisición y disposición constará en acta debidamente suscrita por los representantes de las partes intervinientes, con indicación expresa de su identificación así como del bien, debiendo contener datos como la ubicación, características generales, estado de conservación, finalidad a la que será destinado, entre otros, de acuerdo con el art. 35 del D.S. N° 07-2008-VIVIENDA - Reglamento de la Ley N° 29151- Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales.
- f) La valorización de los predios objeto de los actos de administración y disposición deberá ser efectuada a valor comercial. La valorización para los actos de

disposición a favor de particulares será efectuada por un organismo especializado en la materia con reconocida y acreditada experiencia; y, en caso de no existir en la zona, la valorización podrá ser efectuada por un perito tasador debidamente acreditado, conforme a las normas y procedimientos correspondientes; para los demás actos, la valorización de los predios podrá ser efectuada por profesionales de la entidad propietaria o administradora del predio.

La valorización tendrá una vigencia de 8 meses a partir de su elaboración, a cuyo vencimiento se realizará la actualización de la misma, la que tendrá también una vigencia de 8 meses, de acuerdo con el art. 36 del D.S. N° 07-2008-VIVIENDA - Reglamento de la Ley N° 29151- Ley General del Sistema Nacional de Bienes estatales.

- g) Los recursos percibidos por la ejecución de cualquier acto sobre bienes estatales, deberán depositarse conforme a los procedimientos y plazos establecidos a través de las directivas del Sistema Nacional de Tesorería, de acuerdo con el art. 37 del D.S. N° 07-2008-VIVIENDA - Reglamento de la Ley N° 29151- Ley General del Sistema Nacional de Bienes estatales.
- h) Un aspecto que también se debe cumplir y que emana de lo dispuesto en el art. 58 de la LOM, es que los bienes inmuebles para su disposición debe estar saneado legalmente e inscrito en los Registros Públicos correspondientes.
- i) El acuerdo debe ser puesto de conocimiento de la Contraloría, dentro del plazo de siete días a partir de la fecha de su adopción, como manda la parte final del art. 59 de la LOM.

Otros dispositivos relacionados con este tema, son:

- El art. 9 inc. 25 de la LOM, que señala que es atribución del Concejo “aprobar la donación o cesión en uso de bienes muebles e inmuebles de la municipalidad a favor de entidades públicas o privadas sin fines de lucro y la venta de sus bienes en pública subasta”. Este el marco jurídico a partir del cual tienen que aprobarse las donaciones o cesiones en uso que otorga las municipalidades, las que tienen que ser, necesariamente, a favor de una entidad (pública o privada) sin fines de lucro; desde este punto de vista, no son válidos, por ejemplo, las donaciones otorgadas a favor de empresa privada cuyo objeto es una actividad lucrativa, porque estaría transgrediendo la finalidad de la norma, de que la donación o cesión cumpla una finalidad social.
- El art. 33: “Los gobiernos locales pueden otorgar concesiones a personas jurídicas, nacionales o extranjeras para la ejecución y explotación de obras de infraestructura o de servicios públicos locales, conforme a ley. La concesión puede autorizar el reembolso de la inversión mediante los rendimientos de la obra o el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales generados, según sea el caso. Las decisiones de concesión de nuevos proyectos, obras y servicios públicos existentes o por crear, son adoptadas por acuerdo municipal en sesión de concejo y se definen por mayoría simple. Las municipalidades pueden celebrar convenios de asesoría y de apoyo para el financiamiento con las instituciones nacionales de promoción de la inversión, conforme a ley”.

Nótese que la concesión de nuevos proyectos, obras y servicios públicos existentes o por crear, requiere del acuerdo de concejo por mayoría simple, pero

la concesión de bienes municipales requiere de mayoría calificada, dos tercios del número legal, a tenor del art. 66 de la LOM.

- Otras acciones específicas de transferencia que se rigen por la Ley N° 29151 - Ley General del Sistema Nacional de Bienes estatales y su Reglamento - D.S. N° 07-2008-VIVIENDA, de aplicación también en el ámbito local, son: la donación a favor del Estado (art. 53 y 54 del Reglamento), la dación en pago a favor del Estado (arts. 55 a 57 del Reglamento), la compraventa (arts. 74 a 80 del Reglamento), permuta (arts. 81 a 83 del Reglamento), superficie (arts. 84 a 88 del Reglamento), usufructo (arts. 89 a 91 del Reglamento), arrendamiento (arts. 92 a 96 del Reglamento), afectación en uso (arts. 97 a 106 del Reglamento)⁽¹⁰⁵⁾, cesión en uso (arts. 107 a 110 del Reglamento), comodato (arts. 111 a 113 del Reglamento), declaratoria de fábrica y demolición (arts. 114 a 117 del Reglamento).
- Los actos de disposición de bienes muebles, los aspectos generales (dar de baja a los bienes, comunicación a la SBN), los procedimientos específicos de los actos de disposición (subasta pública o restringida, donación, transferencia, incluyendo la retribución de servicios, permuta, destrucción, o dación en pago), los actos de administración (afectación en uso, cesión en uso, o arrendamiento), así como los procedimientos respectivos se regulan por establecido en los arts. 122 a 133 del reglamento.

Subvenciones

Otro tema, también de frecuente consulta, es sobre la facultad que tiene el alcalde para otorgar subvenciones económicas o asistencia con materiales a organizaciones o vecinos que lo soliciten. El tratamiento legal es distinto en caso de personas jurídicas o personas naturales. En el primer caso, el art. 60⁽¹⁰⁶⁾ de la Ley N° 28411 - Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, establece que las subvenciones que se otorguen

(105) Se rige también por la Resolución N° 050-2011-SBN - Directiva N° 005-2011/SBN, que regula los "Procedimientos para la afectación en uso, extinción de la afectación en uso de predios de libre disponibilidad, así como para la regularización de las afectaciones en uso en predios que están siendo destinados a uso público o que sirvan para la prestación de un servicio público".

(106) **Ley N° 28411: "Artículo 60.- De las Subvenciones a Personas Jurídicas"**

60.1 Las subvenciones que se otorguen a personas jurídicas, no pertenecientes al Sector Público en los años fiscales correspondientes, deben estar consideradas en anexo de la Ley de Presupuesto del Sector Público, debiendo contar con el financiamiento respectivo y el informe técnico sustentatorio de la Oficina de Presupuesto o la que haga sus veces en la Entidad correspondiente, bajo responsabilidad.

60.2 Solo por decreto supremo y con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros se podrán otorgar subvenciones adicionales, exclusivamente para fines sociales, a las contenidas en el citado anexo, debiendo para tal efecto contar con el informe técnico de la Oficina de Presupuesto o la que haga sus veces y el financiamiento correspondiente en el Presupuesto Institucional respectivo. **En el caso de los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales las subvenciones se sujetan, estrictamente, a sus recursos directamente recaudados, debiendo ser aprobadas mediante el Acuerdo respectivo, previo informe favorable de la Oficina de Presupuesto o la que haga sus veces de la Entidad.**

60.3 Los documentos sustentatorios de las subvenciones con cargo a cualquier fuente de financiamiento, a favor de personas jurídicas nacionales del sector privado, deben ser presentados anualmente, dentro de los primeros treinta (30) días de entrada en vigencia de la Ley de Presupuesto del Sector Público. Los documentos son los siguientes:

a las personas jurídicas, no pertenecientes al Sector Público en los años fiscales correspondientes, deben estar consideradas en anexo de la Ley de Presupuesto del Sector Público, debiendo contar con el financiamiento respectivo y el informe técnico sustentatorio de la Oficina de Presupuesto o la que haga sus veces en la entidad correspondiente, bajo responsabilidad. En el caso de los gobiernos locales las subvenciones se sujetan, estrictamente, a sus recursos directamente recaudados, debiendo ser aprobadas mediante Acuerdo de Concejo, previo informe favorable de la Oficina de Presupuesto o la que haga sus veces de la entidad. En el segundo caso, cuando se trata de personas naturales, la base legal es el art. 112 de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General que señala: “112.1 Por la facultad de formular peticiones de gracia, el administrado puede solicitar al titular de la entidad competente la emisión de un acto sujeto a su discrecionalidad o a su libre apreciación, o prestación de un servicio cuando no cuenta con otro título legal específico que permita exigirlo como una petición en interés particular. 112.2 Frente a esta petición, la autoridad comunica al administrado la calidad graciable de lo solicitado y es atendido directamente mediante la prestación efectiva de lo pedido, salvo disposición expresa de la ley que prevea una decisión formal para su aceptación. 112.3 Este derecho se agota con su ejercicio en la vía administrativa, sin perjuicio del ejercicio de otros derechos reconocidos por la Constitución”, en este caso, previa opinión favorable del área de servicio social sobre el estado de necesidad del beneficiario y del área de presupuesto, el alcalde mediante resolución de alcaldía puede otorgar lo solicitado o, sin emisión de resolución alguna, brindar directamente la prestación⁽¹⁰⁷⁾.

-
- a) Declaración Jurada de las subvenciones que recibe del sector público;
 - b) Rendición de Cuenta correspondiente a la asignación percibida en el año fiscal anterior, cuando corresponda;
 - c) Metas y presupuestos de gastos debidamente fundamentados;
 - d) Cronograma mensual de ejecución física y financiera; y,
 - e) Evaluación y análisis costo beneficio de la subvención.

60.4 La Oficina de Presupuesto o la que haga sus veces de la entidad debe informar dentro de los cuarenta y cinco (45) días de finalizado el año fiscal, a la Comisión de Presupuesto y Cuenta General de la República del Congreso de la República, a la Contraloría General de la República y a la Dirección Nacional del Presupuesto Público, los resultados alcanzados y el costo beneficio de las subvenciones otorgadas”.

(107) Con respecto a las peticiones graciales del art. 112 de la Ley N° 27444, Morón Urbina precisa: “La Comisión le ha dotado de algunas particularidades muy especiales a este derecho, tales como: El agotamiento del derecho en la sede administrativa, desde que al no ser peticiones soportadas en normas legales o constitucionales que le sirva de sustento, no existe la posibilidad del judicializar la legalidad de la actuación de la administración en este extremo. De otro lado, el pronunciamiento de respuesta de la Administración ante las peticiones graciales difieren de ser verdaderas decisiones estimatorias o negativas tradicionales. Por ello se ha regulado la respuesta escrita como la primer forma de atención de este derecho, pero contemplándose también la prestación efectiva directa de aquello solicitado por la autoridad” (MORÓN URBINA, Juan Carlos. Ob. cit., p. 392).

CAPÍTULO III

LAS RENTAS MUNICIPALES

ARTÍCULO 69.- RENTAS MUNICIPALES

Son rentas municipales:

1. Los tributos creados por ley a su favor.
2. Las contribuciones, tasas, arbitrios, licencias, multas y derechos creados por su concejo municipal, los que constituyen sus ingresos propios.
3. Los recursos asignados del Fondo de Compensación Municipal (FONCOMUN).
4. Las asignaciones y transferencias presupuestales del gobierno nacional.
5. Los recursos asignados por concepto de canon y renta de aduana, conforme a ley.
6. Las asignaciones y transferencias específicas establecidas en la Ley Anual de Presupuesto, para atender los servicios descentralizados de su jurisdicción.
7. Los recursos provenientes de sus operaciones de endeudamiento, concertadas con cargo a su patrimonio propio, y con aval o garantía del Estado y la aprobación del Ministerio de Economía y Finanzas cuando se trate de endeudamientos externos, conforme a ley.
8. Los recursos derivados de la concesión de sus bienes inmuebles y los nuevos proyectos, obras o servicios entregados en concesión.
9. Los derechos por la extracción de materiales de construcción ubicados en los álveos y cauces de los ríos, y canteras localizadas en su jurisdicción, conforme a ley.
10. El íntegro de los recursos provenientes de la privatización de sus empresas municipales.
11. El peaje que se cobre por el uso de la infraestructura vial de su competencia.
12. Los dividendos provenientes de sus acciones.
13. Las demás que determine la ley.

Los gobiernos locales pueden celebrar operaciones de crédito con cargo a sus recursos y bienes propios, requiriendo la aprobación de la mayoría del número legal de miembros del concejo municipal.

La concertación y contratación de los empréstitos y operaciones de endeudamiento se sujetan a la Ley de Endeudamiento del Sector Público.

Los servicios de amortización e intereses no pueden superar el 30 % (treinta por ciento) de los ingresos del año anterior.

CONCORDANCIAS:

Const. Art. 195
D.Leg. Nº 5 Arts. 1, 5
Ley Nº 27972 Arts. 9:25), 67
Ley Nº 27972 Arts. 46, 47

 **COMENTARIO**

El tema de los recursos es fundamental a la hora de determinar la autonomía de los gobiernos locales, tanto que sin la provisión de recursos suficientes no podríamos hablar de órganos propiamente autónomos.

El art. 196 de la Constitución establece las rentas de las municipalidades, disponiendo que son: a) los tributos creados por ley a su favor; b) las contribuciones, tasas arbitrios, licencias y derechos creados por ordenanzas municipales, conforme a ley; c) los derechos económicos que generen por las privatizaciones, concesiones y servicios que se otorguen, conforme a ley; d) los recursos asignados del Fondo de Compensación Municipal, que tiene carácter redistributivo conforme a ley; e) las transferencias específicas que le asigne la Ley Anual de Presupuesto; f) los recursos asignados por concepto de canon; g) los recursos provenientes de sus operaciones financieras, incluyendo aquellas que requieran aval del Estado, conforme a ley; y h) los demás que determine la ley.

Por su parte, el art. 46 de la Ley Nº 27783 - Ley de Bases de la Descentralización, establece que son rentas de las municipalidades: a) los tributos creados por ley a su favor; b) las contribuciones, tasas, arbitrios, licencias y derechos creados por su Concejo Municipal, los que constituyen sus ingresos propios; c) los recursos asignados del Fondo de Compensación Municipal⁽¹⁰⁸⁾; d) los recursos asignados por concepto de canon y renta de aduanas; e) las asignaciones y transferencias específicas establecidas en la Ley Anual de Presupuesto, para atender los servicios descentralizados; f) los recursos provenientes de sus operaciones financieras y las de crédito interno concertadas con cargo a su patrimonio propio. Las operaciones de crédito externo requieren el aval o garantía del Estado, y se sujetan a la ley de endeudamiento público; y g) los demás que determine la ley.

Adicionalmente a los mencionados en la Constitución y la Ley de Bases de la Descentralización, este art. 69 de la LOM, agrega las siguientes rentas:

- a) Los recursos derivados de la concesión de sus bienes inmuebles y los nuevos proyectos, obras o servicios entregados en concesión.
- b) Los derechos por la extracción de materiales de construcción ubicados en los álveos y cauces de los ríos, y canteras localizadas en su jurisdicción, conforme a ley.

(108) El art. 47 de esta misma ley, señala lo siguiente: "A partir del ejercicio presupuestal del año 2003, los recursos del Fondo de Compensación Municipal (FONCOMUN) que perciban las municipalidades serán utilizados para los fines que acuerde el respectivo Concejo Municipal acorde a sus propias necesidades reales, determinándose los porcentajes de aplicación para gasto corriente e inversión y los niveles de responsabilidad correspondientes".

- c) El íntegro de los recursos provenientes de las privatizaciones de sus empresas municipales.
- d) El peaje que se cobre por el uso de la infraestructura vial de su competencia.
- e) Los dividendos provenientes de sus acciones. Agrega también que los gobiernos locales pueden celebrar operaciones de crédito con cargo a sus recursos y bienes propios, requiriendo la aprobación de la mayoría del número legal de miembros del concejo municipal. La concertación y contratación de los empréstitos y operaciones de endeudamiento se sujetan a la Ley de Endeudamiento del Sector Público.

Sobre el Foncomun

El inciso 3 del artículo 69 de la LOM, señala que son rentas municipales: “Los recursos asignados del Fondo de Compensación Municipal (FONCOMUN)”. El Foncomun tiene como objetivo establecer en forma transparente, el financiamiento para la ejecución de las acciones que se considerarán en los Planes de Desarrollo Distrital (gasto corriente y gasto de capital). Su ejecución estará sujeta a lo estipulado en los respectivos Planes de Desarrollo Provincial y Distrital, al proceso participativo del presupuesto y a la vigilancia de la sociedad civil representada por los Consejos de Coordinación Local Provincial y Distrital.

El art. 47 de la Ley de Bases de la Descentralización, dispone lo siguiente: “A partir del ejercicio presupuestal del año 2003, los recursos del Fondo de Compensación Municipal (Foncomun) que perciban las municipalidades serán utilizados para los fines que acuerde el respectivo Concejo Municipal acorde a sus propias necesidades reales, determinándose los porcentajes de aplicación para gasto corriente e inversión y los niveles de responsabilidad correspondientes”.

Este artículo de la LBD establece que a partir del ejercicio presupuestal del año 2003, los recursos del Foncomun que perciban las municipalidades, serán utilizados para los fines que acuerde el respectivo Concejo Municipal, acorde a sus propias necesidades reales, determinándose los porcentajes de aplicación para gastos corrientes e inversión y los niveles de responsabilidad correspondientes, pudiéndolo realizar cada vez que el caso lo amerite. En tal sentido, las municipalidades se encuentran facultadas para modificar los porcentajes correspondientes a los gastos corrientes y de inversión al amparo de la norma antes citada.

Otro efecto de este artículo es que las dietas de los regidores puede ser pagadas por el Foncomun, teniendo en cuenta que las dietas constituyen gastos corrientes, los que pueden ser financiados por cualquier Fuente de Financiamiento autorizada, incluyendo el Foncomun. De otro lado, los recursos del Foncomun asignados al municipio para acciones de ámbito provincial, deben ser utilizados de acuerdo a los resultados de la Programación Participativa del Presupuesto, efectuada en forma concertada con los distritos que conforman la provincia; correspondiéndole a la municipalidad provincial la ejecución de las acciones (gasto corriente y gasto de capital) consideradas en los planes de desarrollo provincial y distrital, consistentes con el proceso participativo en el cual las municipalidades de la provincia participaron en la programación, promovieron el debate y la concertación de sus planes de desarrollo.

En el caso de las municipalidades ubicadas en zonas rurales, el artículo 140 de la LOM, precisa que la condición de municipalidad ubicada en zona rural es considerada para efecto de la distribución del Foncomun, canon u otras transferencias de recursos a favor de ellas; y el artículo 146 de la LOM, que las municipalidades ubicadas en zonas rurales tienen asignación prioritaria y compensatoria de los recursos del Fondo de Compensación Municipal.

CAPÍTULO IV EL SISTEMA TRIBUTARIO MUNICIPAL

SUBCAPÍTULO ÚNICO DISPOSICIONES GENERALES

ARTÍCULO 70.- SISTEMA TRIBUTARIO MUNICIPAL

El sistema tributario de las municipalidades, se rige por la ley especial y el Código Tributario en la parte pertinente.

Las municipalidades pueden suscribir convenios con la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT), orientados a optimizar la fiscalización y recaudación de sus tributos, tasas, arbitrios, licencias y derechos. El costo que representa el cobro de los referidos tributos a través de dichos convenios no podrá ser trasladado a los contribuyentes.

CONCORDANCIAS:

Const.	Art. 74
C.T.	Arts. 4, 5, 52, 53:3), 133:3)



COMENTARIO

La potestad tributaria constitucional de los gobiernos locales

La potestad tributaria municipal está regulado por el art. 74 de la Constitución, que señala: “Los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de estas, dentro de su jurisdicción, y con los límites que señala la ley. El Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de la ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona. Ningún tributo puede tener carácter confiscatorio”; el art. 194 que señala que las municipalidades provinciales y distritales son órganos de gobierno local, con autonomía política, económica y administrativa; el art. 195 inc. c) que establece que las municipalidades son competentes para “crear, modificar y suprimir contribuciones, tasas, arbitrios, licencias y derechos municipales, conforme a ley”; y el art. 196 que señala que son rentas de la municipalidad “los tributos creados por ley a su favor”

y “las contribuciones, tasas, arbitrios, licencias y derechos creados por Ordenanzas Municipales, conforme a ley”.

El TC (STC Exp. N° 00053-2004-PI/TC) ha precisado con respecto a la potestad tributaria municipal, lo siguiente:

“(…) la Constitución reconoce potestad tributaria originaria a los gobiernos locales para la creación de tasas y contribuciones, siempre que: a) sea dentro de su jurisdicción; y, b) sea dentro de los límites que señale la ley. Esto quiere decir que la Constitución ha dispuesto que sea por ley como se desarrollen las reglas de contenido material o de producción jurídica que sirvan para determinar la validez o invalidez de las normas municipales que crean tributos. En este caso, dicho contenido se encuentra previsto en las disposiciones de la Ley de Tributación Municipal y en la Ley Orgánica de Municipalidades.

Cabe precisar, sin embargo, que la frase ‘dentro de los límites que señala la ley’, debe ser entendida de forma tal, que la libertad que la Constitución ha otorgado al legislador para la determinación de la potestad tributaria municipal se encuentre, a su vez, limitada ahí donde la Constitución lo ha establecido bajo pena de invalidez; es decir, cuando se trate de preservar bienes constitucionalmente garantizados. Ello, en doctrina, es lo que se conoce como límites inmanentes (límites a los límites).

En tal virtud, la regulación legal de la potestad normativa tributaria municipal debe sujetarse al respeto a los principios constitucionales tributarios de reserva de ley, igualdad, no confiscatoriedad y capacidad contributiva, desarrollados por la jurisprudencia constitucional, así como también a la garantía institucional de la autonomía política, económica y administrativa que los gobiernos locales tienen en los asuntos de su competencia”.

Disposiciones y pronunciamientos de los cuales se pueden extraer los siguientes criterios generales:

- a) La potestad tributaria de los gobiernos locales en el Perú tiene reconocimiento constitucional.
- b) La potestad tributaria municipal se ejerce con respeto del principio de reserva de la ley, a través de ordenanzas municipales, que son normas con tal rango, de acuerdo con el inc. 4) del art. 200 de la Constitución.
- c) La potestad tributaria se ejerce de acuerdo con el principio de legalidad, de respeto a los derechos fundamentales de la persona y de no confiscatoriedad.
- d) La potestad tributaria está limitada a las contribuciones y tasas, y de acuerdo con los requisitos que se establezca en una ley especial. En el Perú, el régimen legal lo constituye la LOM y la Ley de Tributación Municipal (D.S. N° 156-2004-EF, TUO de la Ley de Tributación Municipal - D.Leg. N° 776).

En relación a los impuestos, Martínez Centeno explica: “Los Gobiernos Locales en su calidad de acreedores tributarios señalados por la ley de creación de los impuestos municipales, ejercen las funciones de Administradores Tributarios de dichos recursos, estando facultados para recaudar, fiscalizar y determinar las obligaciones tributarias que se generen por la realización de las hipótesis de incidencia contenida en la norma. Cabe precisar que si bien los Gobiernos Locales son destinatarios de los recursos obtenidos mediante la aplicación de

los impuestos municipales y les corresponde su Administración, no se encuentran facultados para crear, modificar o suprimir dichos impuestos; toda vez que dichos tributos han emanado del ejercicio de la Potestad Tributaria del Gobierno Nacional encontrándose las atribuciones para su creación, modificación o supresión dentro del ámbito de competencia nacional⁽¹⁰⁹⁾

- e) La potestad tributaria se ejerce por cada gobierno local dentro de los límites de su competencia territorial.

Los tributos que se administran en el ámbito municipal

Los gobiernos locales perciben ingresos tributarios por las siguientes fuentes:

1. **Los impuestos municipales recaudados directamente por los gobiernos locales**, cuyo cumplimiento no origina una contraprestación directa de la municipalidad al contribuyente, los cuales son:

- a) Impuesto predial.
- b) Impuesto de alcabala.
- c) Impuesto al patrimonio vehicular.
- d) Impuesto a las apuestas.
- e) Impuesto a los juegos.
- f) Impuesto a los espectáculos públicos no deportivos.

2. **Los impuestos nacionales creados en favor de los gobiernos locales**, pero que son recaudados por la Sunat y que financian a los gobiernos locales:

- a) Impuesto de promoción municipal.
- b) Impuesto al rodaje.
- c) Impuesto a las embarcaciones de recreo.

De acuerdo con el art. 74 de la Constitución, la creación de los impuestos solo puede hacerlo de manera exclusiva el Gobierno central para financiar a los gobiernos locales, a través de una ley (Congreso de la República) o por Decreto Legislativo (Poder Ejecutivo, en facultades delegadas). Los gobiernos locales no tienen potestad tributaria en materia de impuestos, estando reservada solo para contribuciones y tasas.

3. **Las contribuciones y tasas que determinen los concejos municipales**. La contribución es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador los beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales; mientras que la tasa, es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva por el gobierno local de un servicio público individualizado en el contribuyente.

(109) MARTÍNEZ CENTENO, Mercedes. "Tributación y gobiernos locales en el Perú". En: CASADO OLLERO, Gabriel (Coordinador). *La financiación de los municipios: experiencias comparadas*. Editorial Dikynson, Madrid, 2005, p. 614.

En ejercicio de su potestad tributaria pueden crear, modificar y suprimir contribuciones o tasas y otorgar exoneraciones dentro de los límites que establece la ley, y de acuerdo con las siguientes normas generales:

- a) La creación y modificación de tasas y contribuciones se aprueban por ordenanza municipal.
- b) Para la supresión de tasas y contribuciones las municipalidades no tienen ninguna limitación legal, esto quiere decir que los gobiernos locales pueden suprimir, rebajar o exonerar las contribuciones y tasas, en el caso de las obras públicas o servicios que ejecute la entidad en favor de la población y en la que esta tiene la obligación de cubrir los costos respectivos; en virtud de esta potestad, los gobiernos locales pueden rebajar o suprimir el cobro de las contribuciones o tasas, lo que incluye los arbitrios (limpieza pública, etc.) y asimismo los derechos establecidos en el TUPA institucional. No existiendo ninguna limitación legal (reserva de ley), cuando la entidad recibe una solicitud de exoneración de tasas o contribuciones deberá aprobarlo mediante una resolución de alcaldía. En ningún caso se puede exonerar, suprimir o rebajar impuestos, ni por disposición del alcalde ni del Concejo Municipal.
- c) Las municipalidades no podrán imponer ningún tipo de tasa o contribución que grave la entrada, salida o tránsito de personas, bienes, mercadería, productos y animales en el territorio nacional o que limiten el libre acceso al mercado. En virtud de lo establecido por el párrafo precedente no está permitido el cobro por pesaje, fumigación; o el cargo al usuario por el uso de vías, puentes y obras de infraestructura; ni ninguna otra carga que impida el libre acceso a los mercados y la libre comercialización en el territorio nacional. El incumplimiento de lo antes dispuesto genera responsabilidad administrativa y penal en el Gerente de Rentas o quien haga sus veces.
- d) Las municipalidades no pueden cobrar tasas por la fiscalización o control de actividades comerciales, industriales o de servicios, que deben efectuar de acuerdo a sus atribuciones previstas en la Ley Orgánica de Municipalidades. Solo en los casos de actividades que requieran fiscalización o control distinto al ordinario, una Ley expresa del Congreso puede autorizar el cobro de una tasa específica por tal concepto. La prohibición antes señalada no afecta la potestad de las municipalidades de establecer sanciones por infracción a sus disposiciones

Dentro de las contribuciones, la Ley de Tributación Municipal señala en sus arts. 62 a 65, a la contribución especial por obras públicas. Entre las tasas, considera las siguientes: a) tasas por servicios públicos o arbitrios; b) tasas por servicios administrativos o derechos; c) tasas por licencia de apertura de establecimiento; d) tasas por estacionamiento de vehículos; e) tasas de transporte público; y f) otras tasas que debe pagar todo aquel que realice actividades sujetas a fiscalización o control municipal extraordinario, siempre que medie la autorización mediante ley expresa del Congreso de la República.

4. **Los contemplados en las normas que rigen el Fondo de Compensación Municipal.** El inc. 5 del art. 196 de la Constitución señala que son rentas municipales, los recursos asignados del Fondo de Compensación Municipal, que tienen carácter redistributivo, conforme a ley. Este fondo se constituye con los

siguientes recursos: a) el rendimiento del impuesto de promoción municipal; b) el rendimiento del impuesto al rodaje; y c) el impuesto a las embarcaciones de recreo. Es decir se constituye con los impuestos creados a favor de los gobiernos locales pero cuya recaudación está a cargo del gobierno central.

La ratificación de las ordenanzas distritales

El art. 40 de la LOM señala que las ordenanzas en materia tributaria expedidas por las municipalidades distritales, deben ser ratificadas por la municipalidad provincial para su vigencia⁽¹¹⁰⁾. Su conveniencia es compartida en forma unánime por los tratadistas. “La exigencia de la ratificación de las ordenanzas por parte de las municipalidades provinciales, implica que estas últimas participen en el ejercicio de la potestad tributaria por parte de las municipalidades distritales, es decir, en la creación, modificación, supresión o exoneración de arbitrios, contribuciones y derechos”. Como bien afirma Armando Zolezzi, al referirse a la ratificación de los edictos regulada en el artículo 94 de la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N° 23853, y que constituye el antecedente legislativo del tema que nos ocupa, “Los Concejos Distritales tienen potestad tributaria tutelada por su correspondiente Concejo Provincial”⁽¹¹¹⁾.

El Tribunal Constitucional también ha tomado posición de respaldo de la ratificación como mecanismo de control. En la STC N° 007-2001-AI/TC, señala: “Si un Estado como el peruano se organiza de forma descentralizada y, dentro de tal esquema, los distintos niveles de gobierno deben apuntar hacia similares objetivos, el diseño de una política tributaria integral (que es uno de dichos objetivos) puede perfectamente suponer, sin que con ello se afecte el carácter descentralizado que puedan tener algunos de tales niveles, la adopción de mecanismos formales, todos ellos compatibles entre sí. Lo dicho implica que, si un mecanismo formal como la ratificación de las ordenanzas distritales por los municipios provinciales coadyuva a los objetivos de una política tributaria integral y uniforme con el principio de igualdad que consagra el artículo 74 de la Constitución, tal opción no puede entenderse como contraria a su texto, sino como un modo de realizar los propios objetivos propugnados por la misma norma fundamental”.

Un tema permanente de consulta es que sucede cuando una ordenanza distrital que fija arbitrios para el nuevo año fiscal (recuérdese que el límite para la publicación es el 31 de diciembre del ejercicio fiscal anterior a su aplicación), no ha sido ratificada por la provincial. En este caso no se podrá aplicar la nueva norma, y se tendrán que cobrar las mismas tasas que el año anterior, reajustado con la aplicación de la variación acumulada del Índice de Precios al Consumidor.

Estabilización de tributos municipales

El último párrafo del art. 40 de la LOM establece que las municipalidades pueden suscribir convenios de estabilidad tributaria municipal. Esta medida puede generar algunos problemas en su aplicación, conforme ha sido señalado por algunos especialistas: “(...) debe tenerse en cuenta que la norma (el art. 40) no precisa que esa facultad se limite a contribuciones y tasas, sino que, por el contrario, al referirse a

(110) El art. 94 de la Ley Orgánica de Municipalidades N° 23853, establecía la obligatoriedad de la ratificación de los edictos. La Norma IV del Código Tributario sustituyó al edicto por la ordenanza como instrumento legal para el ejercicio de la potestad tributaria municipal.

(111) CALLER FERREYROS, María Eugenia. Ob. cit., pp. 7 a 13.

'tributos municipales' deja abierta la posibilidad de incluir los impuestos recaudados por las municipalidades en los convenios de estabilidad. Si bien es cierto, además, que esa función facilita el fomento por los gobiernos locales de la inversión privada en su respectiva circunscripción (mediante la garantía a los inversionistas de que el régimen tributario municipal vigente a la fecha de suscripción del convenio no se alterará durante el plazo de este), esto podría ser perjudicial si no es correctamente utilizada. No debe olvidarse que las contribuciones y las tasas son tributos vinculados, cuyo cobro responde a la ejecución de obras públicas, actividades estatales o la prestación de un servicio público, y que su pago permite cubrir los costos de esas obras, actividades o servicios. En consecuencia, consideramos necesaria una pronta regulación de esta atribución, con el fin de establecer los lineamientos que las casi dos mil municipalidades existentes en el país deben seguir, así como determinar los requisitos a cumplir por los inversionistas, la autoridad competente de su aprobación y el plazo de duración del mismo"⁽¹¹²⁾.

La jerarquía de la municipalidad provincial en el procedimiento contencioso tributario

Una de las críticas más frecuentes que ha recibido la LOM es la de no tener un disposición similar al art. 96 de su predecesora (Ley N° 23853), que establecía la jerarquía de la municipalidad provincial para resolver vía apelación lo resuelto por la municipalidad distrital en materia tributaria, lo que acarrea en síntesis un cambio en el régimen tributario municipal, donde la primera instancia lo constituye la municipalidad distrital y la segunda el Tribunal Fiscal. La omisión es incoherente con lo dispuesto en el art. 40 de la misma LOM que mantiene la ratificación de las ordenanzas distritales por parte de las municipalidades provinciales como requisito de vigencia.

María Eugenia Caller critica este aspecto de la LOM en los siguientes términos:

“Si compartimos, como en efecto ocurre, los argumentos expuestos acerca de la ratificación de las ordenanzas distritales por parte de las municipalidades provinciales, lo que constituye un requisito para la vigencia de las ordenanzas conforme a la nueva Ley Orgánica de Municipalidades, no encontramos sustento para la eliminación de la participación de las municipalidades provinciales en el procedimiento contencioso tributario, como segunda instancia resolutoria antes de recurrirse al Tribunal Fiscal.

Entendemos que la participación de las municipalidades provinciales como instancias de resolución intermedia entre las municipalidades distritales y el Tribunal Fiscal, constituye un complemento necesario para que los objetivos que se pretenden lograr con la ratificación de las ordenanzas a nivel provincial, no se limiten a un plano normativo, sino que trascienda en su aplicación al caso en concreto.

En efecto, la participación de la municipalidad provincial como órgano resolutor en segunda instancia, permitía a dicha entidad realizar una revisión de legalidad del acto administrativo emitido por la municipalidad distrital a fin de que este último se ajustara a lo previsto en la ordenanza respectiva, asumiendo así las municipalidades provinciales un deber de uniformar los criterios de interpretación

(112) BENITES, DE LAS CASAS, FORNO & UGAZ ABOGADOS. Ob. cit., p. 19.

de las disposiciones municipales”.

(...)

“Por tanto, estimamos pertinente que se debería evaluar la restitución de un dispositivo similar al contenido en el art. 96 de la derogada Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N° 23853, y dotar nuevamente a las municipalidades provinciales de las facultades resolutorias en materia tributaria, como instancia previa antes de recurrir al Tribunal Fiscal, respecto de controversias iniciadas a nivel distrital”⁽¹¹³⁾

El Tribunal Fiscal emitió la RTF N° 3590-6-2003 de observancia obligatoria, a fin de aclarar las dudas que la nueva LOM podría generar con respecto al papel de las municipalidades provinciales: ‘1. Desde la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N° 27972, el Tribunal Fiscal es el órgano competente para conocer las apelaciones formuladas contra las resoluciones emitidas por las municipalidades distritales dentro del procedimiento contencioso, toda vez que dicha norma suprimió el texto del artículo 96 de la Ley Orgánica de Municipalidades N° 23853”.

Algunos precedentes dispuestos por el TF

Objeciones a la actualización de valores de la entidad

RTF N° 17244-5-2010, del 30 de diciembre de 2010, donde el Tribunal Fiscal resolvió un caso con relación al cuestionamiento de la recurrente en cuanto a la actualización de los valores de sus predios, la vía pertinente para efectuarlo y los efectos de dicho cuestionamiento, evaluando dos aspectos: a) establecer el medio que deber ser utilizado para efectuar la objeción a la actualización de valores emitida por los Gobiernos Locales en aplicación de los artículos 14 y 34 de la Ley de Tributación Municipal, y b) establecer los efectos de las objeciones formuladas por los contribuyentes antes del vencimiento del plazo para el pago al contado del Impuesto Predial y del Impuesto al Patrimonio Vehicular, respecto de la actualización de valores emitida por los gobiernos locales en aplicación de los artículos 14 y 34 de la Ley de Tributación Municipal, así como el trámite que debe dárseles.

Que los temas antes citados han generado diversas interpretaciones, razón por la cual el Tribunal Fiscal mediante Acuerdos recogidos en el Acta de Reunión de Sala Plena N° 2010-19 del 27 de diciembre de 2010, aprobando los siguientes criterios:

- “i) La actualización de valores emitida por los gobiernos locales en aplicación de los artículos 14 y 34 de la Ley de Tributación Municipal surte efectos al día siguiente de la fecha de vencimiento para el pago al contado del impuesto, en tanto no haya sido objetada por el contribuyente.
- ii) Para objetar la actualización de valores realizada por los Gobiernos Locales en aplicación de los artículos 14 y 34 de la Ley de Tributación Municipal es suficiente la presentación de un documento en el que se formule la objeción de forma sustentada, al no haberse establecido en dicha ley una formalidad específica para ello. No resulta de aplicación el numeral 2) del artículo 170 del

(113) CALLER FERREYROS, María Eugenia. Ob. cit., pp. 7 a 13.

Código Tributario, cuando habiéndose objetado la actualización de valores, no se presentó la declaración jurada determinando el impuesto dentro del plazo de ley.

- iii) Las objeciones a la actualización de valores de predios o vehículos realizada por los gobiernos locales en aplicación de los artículos 14 y 34 de la Ley de Tributación Municipal antes del vencimiento del plazo para el pago al contado de los Impuestos Predial y al Patrimonio Vehicular, tienen por efecto que no proceda la sustitución prevista por ficción legal. Asimismo, no corresponde que a dichas objeciones se les otorgue trámite de recurso de reclamación o de solicitud no contenciosa.
- iv) Las objeciones a las actualizaciones de valores emitidas por los gobiernos locales que son presentadas después del vencimiento del plazo a que se refieren los artículos 14 y 34 de la Ley de Tributación Municipal no surtirán efecto. Para modificar la determinación de la deuda tributaria contenida en las actualizaciones de valores deberá presentarse una declaración jurada rectificatoria. Asimismo, a dichas objeciones no se les puede otorgar trámite de recurso de reclamación ni de solicitud no contenciosa.”

Predios ubicados en zonas de conflicto de límites

RTF N° 09531-5-2009, del 22 de setiembre del 2009, donde el Tribunal Fiscal evalúa la queja presentada contra el ejecutor coactivo de la Municipalidad Distrital de Santiago de Surco por haberle iniciado indebidamente cobranza coactiva por impuesto predial y arbitrios municipales vinculados a su inmueble que según el recurrente se encontraría ubicado en el distrito de San Juan de Miraflores. Argumenta que ante la existencia de un conflicto de límites distritales debe aplicarse la Décimo Tercera Disposición complementaria de la LOM⁽¹¹⁴⁾, en virtud de la cual, al no encontrarse ubicada su propiedad en el distrito de Santiago de Surco, según información registral, debe suspenderse el procedimiento de cobranza coactiva iniciado en su contra por dicha municipalidad y levantarse la medida de embargo en forma de inscripción que ésta ha trabado. El Tribunal Fiscal declara fundada la queja, estableciendo el siguiente precedente vinculante:

“En el caso de procedimientos de cobranza coactiva de obligaciones tributarias seguidos respecto de predios ubicados en zonas en las cuales existe conflicto de competencia entre municipalidades, procede ordenar su suspensión en la vía de queja en aplicación del inciso b) del numeral 31.1 del artículo 31 de la Ley del Procedimiento

(114) **Décimo tercera.**- Tratándose de predios respecto de los cuales dos o más jurisdicciones reclamen para sí los tributos municipales que se calculan en base al valor de autovalúo de los mismos o al costo de servicio prestado, se reputarán como válidos los pagos efectuados al municipio de la jurisdicción a la que corresponda el predio según inscripción en el registro de propiedad inmueble correspondiente. En caso de predios que no cuenten con inscripción registral, se reputarán como válidos los pagos efectuados a cualquiera de las jurisdicciones distritales en conflicto, a elección del contribuyente. La validación de los pagos, conforme a lo anterior, tendrá vigencia hasta que se defina el conflicto de límites existente, de manera tal que a partir del año siguiente a aquel en que se defina el conflicto de límites, se deberá tributar al municipio a cuya jurisdicción se haya atribuido el predio. A partir del día de publicación de la presente norma, se dejará sin efectos todo proceso de cobranza iniciado respecto de tributos municipales por los predios ubicados en zonas de conflicto de jurisdicción, a la sola acreditación por el contribuyente de los pagos efectuados de acuerdo a los párrafos precedentes de este artículo.

de Ejecución Coactiva, si según la inscripción en el registro de propiedad inmueble los predios corresponden a la jurisdicción de una municipalidad distinta a aquella que inició la cobranza, aun cuando el quejoso no acredite el pago de las obligaciones puestas a cobro ante la primera de ellas”.

Sobre el mismo tema, ha resuelto el TC en el Exp. N° 00004-2009-PCC/TC, que:

“El problema de doble régimen tributario sobre una misma zona territorial, sin embargo, tiene solución en la Decimotercera Disposición Final de la Ley Orgánica de Municipalidades (Ley N° 27972), la cual ha dispuesto que: ‘Tratándose de predios respecto de los cuales dos o más jurisdicciones reclamen para sí los tributos municipales (...) se reputarán como válidos los pagos efectuados al municipio de la jurisdicción a la que corresponda el predio según inscripción en el registro de propiedad inmueble correspondiente (...). La validación de pagos, conforme a lo anterior, tendrá vigencia hasta que se defina el conflicto de límites existente, de manera tal que a partir del año siguiente a aquel en que se defina el conflicto de límites, se deberá tributar al municipio a cuya jurisdicción se haya atribuido el predio. (...) En caso de predios que no cuenten con inscripción registral, se reputarán como válidos los pagos efectuados a cualquiera de las jurisdicciones distritales en conflicto, a elección del contribuyente’.

Esta previsión legal, por lo demás, ha sido utilizada ya por este Colegiado para resolver problemas de doble tributación (así por ejemplo en la STC Exp. N° 6512-2005-AA/TC, f. j. 5), así como por el Tribunal Fiscal (por ejemplo en la Resolución N° 00130-7-2009), organismo que incluso ha establecido un precedente de observancia obligatoria mediante resolución N° 09531-5-2009, de acuerdo al cual ‘En el caso de procedimientos de cobranza coactiva de obligaciones tributarias seguidos respecto de predios ubicados en zonas en las cuales existe conflicto de competencia entre municipalidades, procede ordenar su suspensión en la vía de queja en aplicación del inciso b) del numeral 31.1 del artículo 31 de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva, si según la inscripción en el registro de propiedad inmueble los predios corresponden a la jurisdicción de una municipalidad distinta a aquella que inició la cobranza, aun cuando el quejoso no acredite el pago de las obligaciones puestas a cobro ante la primera de ellas”.

Prescripción de la acción de la Administración Tributaria

RTF N° 12880-4-2008, del 27 de noviembre de 2008, donde el Tribunal Fiscal dispuso que “no procede que el Tribunal Fiscal en vía de queja se pronuncie sobre la prescripción de la acción de la Administración Tributaria para determinar la obligación tributaria, así como la acción para exigir su pago y aplicar sanciones, cuando ha sido opuesta al ejecutor coactivo al encontrarse la deuda tributaria en cobranza coactiva y éste le da trámite de solicitud no contenciosa”.

Exoneración del impuesto predial

RTF N° 12486-7-2008, del 27 de octubre de 2008, sobre exoneración del impuesto predial para institución educativa, el Tribunal Fiscal dispuso lo siguiente: “Se revoca la resolución apelada que declaró improcedente la solicitud de exoneración al pago del Impuesto Predial, en atención a que este Tribunal ha dejado establecido en la Resolución N° 8436-5-2001 que teniendo en cuenta que según el artículo 9 del Decreto Legislativo N° 776 son sujetos pasivos del Impuesto Predial las personas naturales o

jurídicas propietarias de los predios, el beneficiario de la inafectación a que se refiere el artículo 17 de la misma norma, es el centro educativo propietario de un inmueble, requisito que se cumple en los casos en que el predio es de propiedad de asociaciones civiles que promueven centros educativos constituidos conforme con la legislación de la materia; en ese sentido, al ser la recurrente propietaria y promotora de un centro educativo inicial de gestión no estatal, le corresponde gozar del beneficio solicitado.”

Impuesto al Patrimonio Vehicular

RTF N° 11707-8-2008, del 2 de octubre de 2008; el Tribunal Fiscal dispuso que: “Se declara nula la apelada que declaró improcedente la reclamación contra la determinación del Impuesto al Patrimonio Vehicular en atención a que en las RTFs N°s 1424-5-2002 y 1164-2-2006, se ha establecido que de la interpretación sistemática de los artículos 88, 135 y 151 del Código Tributario se tiene que en el caso que la determinación de un tributo haya sido efectuada por el contribuyente mediante declaración jurada, el medio legal idóneo para solicitar su modificación es una declaración jurada sustitutoria o rectificatoria, mientras que en el caso que exista una OP, RD o cualquier otro acto vinculado con la determinación de la obligación tributaria emitido por la Administración, el medio legal idóneo para cuestionar el cobro es un recurso de reclamación o apelación de puro derecho mediante escrito presentado a la Administración, siendo que la recurrente objetó la declaración jurada del Impuesto al Patrimonio Vehicular, ya que la Administración había considerado datos que no son reales, en consecuencia al resolver la reclamación la Administración como un acto no reclamable ha infringido el procedimiento legal establecido por lo que se declara la nulidad de la apelada. VOTO DISCREPANTE: La objeción solo puede ser realizada por el deudor tributario mediante la declaración que contenga dicha determinación pero siempre que cumpla con la forma establecida por la Administración. Habida cuenta que se cuestiona el Impuesto al Patrimonio Vehicular sin identificar acto reclamable corresponde confirmar la apelada”.

RTF N° 11696-8-2008 del 2 de octubre de 2008, sobre infracción por no presentar la declaración que contenga la determinación del Impuesto al Patrimonio Vehicular, el Tribunal Fiscal dispuso: “Se revoca la apelada, se indica que el plazo de prescripción aplicable es de 6 años en atención a que no ha quedado acreditado en los actuados que se haya presentado la declaración jurada. Se indica que del cargo de la notificación de resoluciones de determinación se aprecia que el notificador dejó constancia de la negativa a la recepción; sin embargo, los datos referidos al nombre, documento de identidad y firma de este resultan ilegibles, lo que resta fehaciencia; no pudiendo considerarse que se realizó de acuerdo con lo señalado por el inc. a) del art. 104 del Código y por tanto no podría interrumpir el plazo de prescripción, por lo que a la fecha de presentación del recurso de reclamación ya había transcurrido el plazo prescriptorio. Se revoca la apelada que declaró infundada la reclamación formulada respecto de una multa por no presentar la declaración que contenga la determinación del Imp. al Patrimonio Vehicular del año 1998 y ser detectado por la Administración, toda vez que de acuerdo con las RTFs N°s 1018-4-99,468-3-2000 y 230-2-2001 para que se incurriese en la infracción prevista por el num. 1 del art. 176 del Código Tributario aprobado por el D. Leg. N° 816, antes de la modificatoria dispuesta por la Ley N° 27038, la detección del incumplimiento de la obligación formal de presentar la declaración jurada tenía que producirse hasta el 31 de diciembre de 1998. En tal sentido, la configuración de la infracción imputada y, por tanto, la fecha para comenzar a computar el término prescriptorio, estaban condicionadas a que la Administración detectara el incumplimiento

hasta el 31 de diciembre de 1998, criterio establecido por la RTF N° 7814-5-2004, lo que no se desprende de la documentación que obra en el expediente, por lo que al no estar acreditado que se hubiera incurrido en la infracción atribuida, de acuerdo con la explicación efectuada, corresponde dejar sin efecto la resolución de multa”.

Sanción de tipo administrativo y no tributario

RTF N° 13012-8-2008 el 11 de noviembre de 2008, se dispuso lo siguiente: “El Tribunal Fiscal se inhiere del conocimiento de la queja interpuesta al advertirse que la infracción y sanción impuesta no tiene naturaleza tributaria sino administrativa, al tratarse de una multa emitida por no contar con una certificación de defensa civil, razón por la que el Tribunal Fiscal carece de competencia para emitir pronunciamiento conforme con lo establecido por el artículo 101 del Código Tributario”.

Pagos previos al reclamo

El STC Exp. N° 03410-2010-PA/TC, del 31 de mayo de 2011, demanda de amparo, en la que el recurrente solicita acceder a la tramitación de su solicitud de prescripción de deuda tributaria, por imposición de una multa de tránsito, sin que se le exija pago de derecho alguno. El TC declara fundada la demanda, basada en la siguiente línea argumentativa:

“9. En el caso de autos, mediante el contradictorio, este Colegiado ha verificado que el inicio de la tramitación de la solicitud de prescripción de deuda tributaria por parte del recurrente ha sido condicionado por la Municipalidad a un pago previo lo que vulnera el derecho constitucional de petición del recurrente toda vez que dicho pago impide el ejercicio del derecho de petición, amén de constituir una traba absurda, burocrática e innecesaria para la admisión y el trámite de la solicitud de prescripción de una deuda. Y es que la admisión y el posterior trámite de la referida solicitud no trae consigo el reconocimiento ni la declaración de un derecho o **estatus administrativo** para el recurrente. Por el contrario, la tramitación de la solicitud constituye una obligación legal que recoge la posibilidad de que las deudas de esta naturaleza prescriban. Por lo tanto, si se permitiese dicho pago, se caería en el absurdo de legitimar en la Administración Pública una especie de cobro por concepto de **aplicación o de cumplimiento de la ley**, lo cual resulta vedado por los postulados del Estado constitucional y social de Derecho.

10. En la misma línea, este Tribunal considera que el condicionamiento de pagos para la admisión y el posterior trámite de solicitudes, en el mejor de los casos, no incentiva la participación del ciudadano en el control de los actos del poder público y, por el contrario, genera desinterés de los ciudadanos en el manejo de la cosa pública. Atendiendo a lo expuesto, la demanda debe ser estimada, ordenándose la admisión y la posterior tramitación de la solicitud del recurrente”.

Esta sentencia recoge los fundamentos de la STC Exp. N° 03741-2004-AA/TC, donde el recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Distrital de Surquillo, solicitando que se ordene a la emplazada admitir a trámite su medio impugnatorio sin la exigencia previa de pago de la tasa que por tal concepto tiene establecido en su correspondiente TUPA. El TC declara fundada la demanda, estableciendo **como precedente vinculante** la siguiente regla:

“50. Hechas estas precisiones conceptuales, el Tribunal considera que, sobre la base de lo expuesto, en el presente caso, las reglas de derecho que se desprenden directamente del caso pueden ser resumidas en los siguientes términos:

A. Regla procesal: El Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad jurídica para establecer, a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, un precedente vinculante cuando se estime una demanda por violación o amenaza de un derecho fundamental, a consecuencia de la aplicación directa de una disposición por parte de la administración pública, no obstante ser manifiesta su contravención a la Constitución o a la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional (artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), y que resulte, por ende, vulneratoria de los valores y principios constitucionales, así como de los derechos fundamentales de los administrados.

Regla sustancial: Todo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos 38, 51 y 138 de la Constitución. Para ello, se deben observar los siguientes presupuestos: (1) que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo; (2) que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución.

B. Regla procesal: El Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad jurídica para establecer, a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, un precedente vinculante, a consecuencia de la aplicación directa de una norma o cuando se impugnen determinados actos de la administración pública que resulten, a juicio del Tribunal Constitucional, contrarios a la Constitución y que afecten no solo al recurrente, sino también, por sus efectos generales, o por ser una práctica generalizada de la administración pública, a un grupo amplio de personas.

Regla sustancial: Todo cobro que se haya establecido al interior de un procedimiento administrativo, como condición o requisito previo a la impugnación de un acto de la propia administración pública, es contrario a los derechos constitucionales al debido proceso, de petición y de acceso a la tutela jurisdiccional y, por tanto, las normas que lo autorizan son nulas y no pueden exigirse a partir de la publicación de la presente sentencia”.

En la STC Exp. N° 3741-2004-AI/TC, se declara fundada una demanda de amparo contra la Municipalidad de Surquillo, solicitando que se ordene a la emplazada admitir a trámite sus medios impugnatorios **sin la exigencia previa de pago de la tasa que por tal concepto tiene establecido en su respectivo Texto Único de Procedimientos Administrativos**. El TC fundamenta su decisión basado en los siguientes argumentos:

“Al momento de presentar su ‘expresión de agravios’ frente a la decisión del a quo, el recurrente ha argüido que ‘(...) de admitirse como legítima la facultad de la administración para cobrar un derecho administrativo por recepcionar

recursos de impugnación contra las sanciones que impone, se estaría creando una nueva fuente de recursos financieros municipales sustentados en la arbitrariedad. En tal caso, ya no importaría si la multa finalmente será pagada, sino que el solo hecho de pretender impugnarla habrá de constituir un ingreso para la administración’.

Debe recordarse, a modo de precedente jurisprudencial, que en la sentencia N° 3548-2003-AA/TC, con ocasión de declarar que el principio solve et repete era contrario al derecho de acceso a la jurisdicción, se estableció que el condicionamiento del pago previo para impugnar una decisión de la Administración Tributaria constituía una restricción desproporcionada que la hacía contraria a la Constitución. Hoy, con igual fuerza, debe afirmarse que también el pago, ya no de la multa como ocurría en el caso del ‘pague primero y reclame después’, sino de la tasa para enervar la multa, mediante el recurso impugnativo respectivo, constituye igualmente una interferencia económica del derecho de acceso a la jurisdicción que como derecho constitucionalmente reconocido no puede ser condicionado bajo ningún supuesto”.

Cobro de una tasa como barrera de acceso al mercado

Resolución N° 0174-2007/CAM-INDECOPI, del 26 de julio de 2007, que declara fundada la denuncia presentada en contra de la Municipalidad Provincial del Cusco en el extremo en que se cuestiona el cobro de tasas por el otorgamiento de una “Autorización Municipal de Funcionamiento Especial (AME)”, así como por su renovación anual, por cuanto la exigencia de dichas tasas constituye la imposición de barreras burocráticas ilegales al contravenir lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley de Tributación Municipal. La argumentación central de la Comisión de Acceso al Mercado del INDECOPI, es la siguiente:

“1. En relación al cuestionamiento sobre el cobro de tasas para el otorgamiento de un ‘Autorización Municipal de Funcionamiento Especial (AME)’ y su renovación anual, es preciso indicar que la Ley de Tributación Municipal, en el inciso c) del artículo 68,9 precisa que la tasa por licencias de apertura de establecimientos son las que debe pagar todo contribuyente por única vez para operar un establecimiento industrial, comercial o de servicios.

2. Al respecto, es necesario resaltar que al cobrar tasas a los ciudadanos, la Administración Pública se encuentra obligada a tener en consideración que estas son el resultado de la aplicación estricta de la ley, responden al cobro de un servicio específico e individualizable en el ciudadano y, bajo ningún concepto, su monto puede exceder el costo real del servicio.

3. En relación al cobro de una tasa por concepto de licencias especiales, este encuentra asidero legal en las ‘otras tasas’ a que se hace mención en el inciso e) del artículo 68 de la Ley de Tributación Municipal. Al respecto, es necesario indicar que las modificaciones a la Ley de Tributación Municipal han determinado que las actividades de fiscalización y control distintas a las ordinarias pueden ser materia de cobros en vía de licencia especial, siempre y cuando una ley expresa del Congreso de la República autorice el cobro de la misma.

Es decir, en tanto no exista una ley autoritativa como la anteriormente mencionada, las municipalidades no podrán exigir el pago de monto alguno por concepto de licencia especial de funcionamiento, pues precisamente es el propósito

de tal prohibición evitar que las municipalidades a través de la creación de autorizaciones especiales afecten económicamente el funcionamiento de los establecimientos.

4. Cabe precisar que la Municipalidad Provincial del Cusco en sus descargos se ha limitado a señalar que la ciudad del Cusco está considerada como Ciudad Patrimonio del Mundo y que, en tal sentido, tiene un manejo especial con relación a los servicios que se prestan en la misma, habiéndose aprobado mediante Ordenanza Municipal N° 115-MC el Plan Maestro del Centro Histórico del Cusco, en convenio con el Instituto Nacional de Cultura.

5. En tal sentido, esta Comisión considera que la municipalidad no ha sustentado legalmente la exigencia del cobro de la tasa correspondiente a la 'Autorización Municipal de Funcionamiento Especial (AME)', así como su renovación anual, por cuanto la aprobación mediante ordenanza de un plan maestro para su jurisdicción, no satisface lo establecido en la Ley de Tributación Municipal, en el sentido de encontrarse amparados y respaldados por una ley".

Resoluciones emitidas por funcionarios distintos al alcalde

El Tribunal Fiscal emitió la RTF N° 04563-5-2003 de observancia obligatoria, por la cual dispuso: "Son válidas las resoluciones que resuelven controversias en materia tributaria en el ámbito municipal, emitidas por sujetos distintos al alcalde, tales como el director municipal o el funcionario competente del órgano creado con la finalidad de administrar los tributos municipales".

Restricciones al libre tránsito

El art. 61 del TUO de la Ley de Tributación Municipal, establece que: "Las municipalidades no podrán imponer ningún tipo de tasa o contribución que grave la entrada, salida o tránsito de personas, bienes, mercadería, productos y animales en el territorio nacional o que limiten el libre acceso al mercado. En virtud de lo establecido por el párrafo precedente, no está permitido el cobro por pesaje; fumigación; o el cargo al usuario por el uso de vías, puentes y obras de infraestructura; ni ninguna otra carga que impida el libre acceso a los mercados y la libre comercialización en el territorio nacional. El incumplimiento de lo dispuesto en el presente artículo genera responsabilidad administrativa y penal en el Gerente de Rentas o quien haga sus veces".

Con base en dicho artículo, doña Teodora Mota Leiva interpone demanda de hábeas corpus alegando la vulneración de su derecho al libre tránsito. Señala que el Comité de Carretera Nueva Esperanza (La Merced - Chanchamayo), reconocido por Resolución de Alcaldía N° 452-2009-MDP/A ha colocado tranqueras que impiden su libre tránsito. Durante el proceso se constata que: a) en el Acta de Construcción de muretes, se aprecia que esta reunión se realizó para acordar la construcción de dos muretes con su respectivo cable y candado porque sus miembros no habrían cumplido con los pagos acordados, se señala que aquellos que estén al día en sus pagos y faenas podrán manejar sus llaves; b) mediante Resolución de Alcaldía N° 452-2009-MDP/A, se reconoce al Comité de Carretera Nueva Esperanza. Sin embargo, en dicha resolución no se otorga autorización para la construcción de los muretes con su respectivo candado y cable; c) si bien al momento de la constatación judicial se verificó que el candado no estaba puesto, sí se ha reconocido que solo aquellos miembros del Comité que estén al día con los pagos podrán hacer uso de la llave, condicionando el derecho

a la libertad de tránsito al pago de la cuota. Por lo que el TC resuelve (STC Exp. N° 02219-2011-HC/TC):

“2. El Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho al libre tránsito es un imprescindible derecho individual, elemento conformante de la libertad y una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona; y que esta facultad de desplazamiento se manifiesta a través del uso de las vías de naturaleza pública o de las vías privadas de uso público, derecho que puede ser ejercido de modo individual y de manera física o a través de la utilización de herramientas, tales como vehículos motorizados, locomotores, etc.

3. En los precedentes vinculantes establecidos en las sentencias recaídas en los Expedientes 349-2004-AA/TC (caso *María Elena Cotrina Aguilar*) y 3482-2005-PHC/TC (caso *Luis Augusto Brain Delgado y otros*) el Tribunal Constitucional señaló que si bien las vías de tránsito público son libres en su alcance y utilidad, en determinadas circunstancias, pueden ser objeto de regulaciones y aun de restricciones. Cuando estas provienen directamente del Estado, se considera que la restricción es legítima pues la limitación impuesta la estaría ejerciendo por el poder de que goza como Estado; es decir, el *ius imperium*, con el objetivo de obtener un bien mayor para el resto de la comunidad que va a ser beneficiada con esta limitación. En el caso de que la limitación o la perturbación de la libertad de tránsito provengan de particulares, es necesario que estos cuenten con una autorización por parte de la autoridad competente. Si bien dicha autorización debería ser obtenida en forma previa de parte de la autoridad competente; es decir, la municipalidad, también es posible considerar que la vulneración del derecho a la libertad de tránsito habría cesado si durante el proceso se obtiene la autorización respectiva.

4 Del análisis de los argumentos presentados por las partes y los documentos que obran en autos, este Tribunal considera que la demanda debe ser estimada pues se aprecia la existencia de elementos probatorios suficientes para tener certeza de las alegaciones de la recurrente, los cuales acreditan la vulneración de su derecho a la libertad de tránsito”.

Forma de determinar el costo de los arbitrios

En las SSTC Exps. N°s 0041-2004-AI/TC y 00053-2004-PI/TC, el TC precisó que los gobiernos locales al momento de fijar los costos de los arbitrios, deben seguir criterios idóneos, que deben guardar relación con la proyección del coste del servicio, basados en un informe técnico que obligatoriamente debe ser publicado conjuntamente con la ordenanza respectiva. El TC estableció criterios objetivos a partir de los cuales cabría presumirse adecuada la distribución del costo de los arbitrios municipales, estos son:

Exp. N° 0041-2004-AI/TC:

“¿Qué criterios están proscritos y cuáles se admiten como parámetros generales para la distribución de costos por arbitrios?”

38. En primer lugar, es necesario entender que los criterios de cuantificación deben tomar en cuenta la especial naturaleza de cada servicio o actividad que se realice; por tal motivo, no se aplican de la misma manera en todos los tipos de arbitrios.

En consecuencia, será la distinta naturaleza de cada servicio la que determine la opción cuantificadora más adecuada, para lograr acercarnos a un equilibrio en la distribución de costos por uso efectivo o potencial del servicio; en este caso, el criterio de razonabilidad y la conexión lógica entre el servicio prestado y la intensidad de su uso, resultan elementos de especial relevancia.

a) La ubicación, el uso y tamaño del predio como criterios

39. Cabe hacer una precisión respecto a la afirmación vertida en el Expediente N° 0918-2002-AA/TC, que señala que el valor del predio, su tamaño, ubicación o uso, no resultan criterios válidos de cuantificación.

Tales criterios no son válidos en la medida que no se constate una vinculación directa o indirecta entre el servicio público prestado y la intensidad de su goce; a contrario sensu, de verificarse esta conexión en cada caso y evaluando su pertinencia, los mismos serán susceptibles de ser admitidos.

40. En ese sentido, la admisión o negación de un criterio como válido no puede definirse de manera uniforme, sino que dependerá de que, en el caso de un arbitrio específico, los criterios utilizados guarden una conexión razonable con la naturaleza del servicio brindado.

La razonabilidad como criterio determinante de la validez del cobro

41. La aplicación de criterios de razonabilidad evita que la decisión de distribuir el costo del servicio sea discrecional por falta de reglas claras, y estará sujeto a parámetros objetivos que sustentan dicha decisión; en el caso de distribución de costos por servicios municipales, esta objetividad se verifica cuando exista una **conexión lógica** entre la naturaleza del servicio y el grado de intensidad en su uso, de modo tal que, gracias al criterio empleado, se obtengan con mayor fidelidad el monto que corresponde pagar en cada caso.

Conforme lo hemos venido señalando, un criterio será válido y por tanto aplicable, si se tiene en cuenta su conexión lógica con la naturaleza del servicio. No obstante ello, procederemos a analizar de manera general los tres criterios referidos en el Proceso de Inconstitucionalidad:

En el caso de limpieza pública

42. Generalmente involucra el pago por servicios de recolección y transporte de residuos, barrido y lavado de calles, avenidas, relleno sanitario, etc. Dependerá de la mayor intensidad del servicio en cada contribuyente, a fin de generar una mayor obligación de pago en estos casos.

Para el Tribunal resulta razonable que quien contamina más –por generación de basura y desperdicios–, debe pagar un arbitrio mayor. Por ello, un criterio ad hoc en este caso lo constituye el **uso del predio**; por ejemplo, no puede negarse que los establecimientos comerciales generan mayor cantidad de basura que una casa–habitación. De igual modo, el número de personas que en promedio habitan un predio también determinará que en un caso u otro sea previsible una mayor generación de basura.

No creemos, sin embargo, que esta finalidad se consiga del mismo modo, al utilizar el criterio **tamaño del predio**, pues no necesariamente un predio de mayor tamaño genera mayores residuos. Bajo este razonamiento compartimos

lo resuelto por el TSJ de Canarias (Tenerife) de fecha 7 de abril de 1999, en el que se proscribe el uso del parámetro metros cuadrados de superficie, en la tasa por recogida de basura, para todos los supuestos distintos de vivienda comprendidos en la norma, atendiendo al hecho de que, un despacho profesional, una cafetería, un supermercado, etc., de la misma superficie, no generan el mismo volumen de residuos.

Sin embargo, sí creemos que podría ser utilizado de mediar una **relación proporcional entre el tamaño del predio y el uso del mismo**. Por ejemplo, en estos casos, siendo dos predios de la misma actividad comercial pero de distinto tamaño, será objetivo presuponer que el predio de mayor tamaño genera más desperdicios. De otro lado, consideramos que el criterio **tamaño del predio** sí determina que se reciba un mayor servicio por barrido y lavado de calles.

En este tipo de arbitrios, consideramos importante citar como ejemplo el caso del Municipio de Torrelles de Llobregat (Barcelona), en el cual se optó por usar como base imponible de la tasa, la cantidad y tipo de residuos generados por cada sujeto pasivo de forma individual, con lo cual se creó una tasa de basura por generación puerta a puerta, acercándose de este modo a un mayor grado de equidad en el cobro. (PUIG VENTOSA, Ignasi. 'Las tasas de basura de pago por generación. El caso de Torrelles de Llobregat'. En: *Crónica Tributaria*. IEF. Nº 111-2004).

En el caso de parques y jardines

43. El servicio brindado suele orientarse a la implantación, recuperación, mantenimiento y mejoramiento de parques y jardines de uso público. Si bien los beneficios ambientales y preservación de áreas verdes benefician a todos por igual, quienes viven con mayor cercanía a parques y jardines, indudablemente reciben un beneficio mayor; de ahí que la **ubicación del predio**, resulta, en este caso, el criterio de distribución principal, pues el **uso y tamaño del predio** resultan tangenciales para medir, por sí mismos, el beneficio en este caso,

En el caso de arbitrios de serenazgo

44. El servicio de serenazgo cumple el objetivo de brindar seguridad ciudadana, por lo general, mediante servicios de vigilancia pública y atención de emergencias. Como servicio esencial, la seguridad es un necesidad que aqueja por igual a todo ciudadano, por lo que el **tamaño del predio** resulta un criterio no relacionado directamente con la prestación de este servicio; sin embargo, es razonable admitir que el uso de este servicio se intensifica en zonas de mayor peligrosidad, para cuya medición es importante el criterio de *ubicación del predio*; asimismo, puede admitirse el criterio **uso del predio**, ya que, por ejemplo, la delincuencia y peleas callejeras suelen producirse con mayor intensidad en lugares de uso comercial y discotecas.

Finalmente, debe tomarse en cuenta que estos tres criterios ya han sido positivizados por el legislador en la última modificación legislativa a la Ley de Tributación Municipal, mediante Decreto Legislativo Nº 952, cuyo tenor es: '**Artículo 69** (...) Para la distribución entre los contribuyentes de una municipalidad, del costo de las tasas por servicios públicos o arbitrios, se deberá utilizar de manera vinculada y dependiendo del servicio público involucrado, **entre otros**

critérios que resulten válidos para la distribución: el uso, tamaño y ubicación del predio del contribuyente (...)"

Exp. N° 0053-2004-PI/TC:

“§ 3. Parámetros mínimos de validez constitucional para los arbitrios de limpieza pública, mantenimiento de parques y jardines y seguridad ciudadana

Luego de hacer hincapié en este aspecto, –ya expuesto preliminarmente en la STC N° 0041-20041-AI/TC–, se expondrá de manera general, al igual que en aquella oportunidad, algunos criterios objetivos de distribución y observancia básica que razonablemente harían presumir una mejor distribución del costo del arbitrio.

A) Limpieza pública (fundamento 42, STC Exp. N° 0041-2004-AI/TC).

Comoquiera que el servicio de limpieza pública, involucra un conjunto de actividades, como por ejemplo servicios de recolección y transporte de residuos, barrido y lavado de calles, relleno sanitario, etc., los criterios de distribución deberán adecuarse a la naturaleza de cada rubro; por ejemplo, el criterio **tamaño del predio** no resulta adecuado en todos los casos para distribuir el costo por recolección de basura, pues presentará matices si se trata de casa habitación o local comercial; sin embargo, sí será el correcto para el caso de limpieza de calles, no en términos de metros cuadrados de superficie, sino en cuanto a la longitud del predio, pues a mayor longitud, mayor limpieza de calles.

Cabe, entonces, efectuar las siguientes precisiones:

- El criterio **tamaño del predio**, entendido como metros cuadrados de superficie (área m²), guarda relación directa e indirecta con el servicio de recolección de basura, en los casos de casa habitación, pues a mayor área construida se presume mayor provocación de desechos; por ejemplo, un condominio o un edificio que alberga varias viviendas tendrá una mayor generación de basura que una vivienda única o de un solo piso.
- Para lograr una mejor precisión de lo antes señalado, deberá confrontarse, utilizando como criterio adicional, el **número de habitantes** en cada vivienda, lo cual permitirá una mejor mensuración de la real generación de basura.
- Para supuestos distintos al de casa habitación (locales comerciales, centros académicos, supermercados, etc.), el criterio **tamaño de predio** (área m²), no demostrará por sí solo una mayor generación de basura, por lo cual, deberá confrontarse a fin de lograr mayor precisión, con el criterio **uso de predio**, pues un predio destinado a supermercado, centro comercial, clínica, etc., presume la generación de mayores desperdicios no por el mayor tamaño del área de terreno, sino básicamente por el uso.
- Para la limpieza de calles, no puede considerarse el tamaño de predio entendido como metros cuadrados de superficie, sino únicamente como longitud del predio del área que da a la calle, pues el beneficio se da en el barrido y limpieza de las pistas y veredas circunscritas a cada predio.

B) Mantenimiento de parques y jardines (fundamento 43, STC Exp. N° 0041-2004-AI/TC)

En este caso, lo determinante para medir la mayor intensidad de disfrute del servicio será el criterio **ubicación del predio**, es decir, la medición del servicio según la mayor cercanía a áreas verdes. Por consiguiente, no se logrará este objetivo si se utilizan los criterios de **tamaño y uso del predio**, debido a que no relacionan directa o indirectamente con la prestación de este servicio.

C) Serenazgo (fundamento 44, STC Exp. N° 0041-2004-AI/TC)

En el servicio de serenazgo es razonable utilizar los criterios de **ubicación y uso del predio**, por cuanto su uso se intensifica en zonas de mayor peligrosidad. Asimismo, debe tenerse en cuenta el giro comercial; por ejemplo, la delincuencia y peleas callejeras suelen producirse con mayor frecuencia en centros comerciales, bares o discotecas.

Siguiendo esta lógica, el **tamaño del predio** no es un criterio que pueda relacionarse directa o indirectamente con la prestación de este servicio”.

Para la determinación de la regulación de los arbitrios y para la determinación, también será necesario revisar y aplicar el precedente de observancia obligatoria, establecida por el Tribunal Fiscal en la RTF N° 03264-2-2007.

Estas reglas, por supuesto, deberán ser adecuadas por cada entidad municipal atendiendo a su particular realidad económica y social.

CAPÍTULO V

LA BANCA MUNICIPAL

SUBCAPÍTULO ÚNICO

LAS CAJAS MUNICIPALES

DE AHORRO Y CRÉDITO

ARTÍCULO 71.- CREACIÓN DE CAJAS MUNICIPALES

Las cajas municipales de ahorro y crédito se crean por una o más municipalidades provinciales o distritales y funcionan con estricto arreglo a la legislación especial sobre la materia.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Art. 72
Ley N° 26702 Arts. 282:4), 286

ARTÍCULO 72.- ÁMBITO TERRITORIAL DE LAS CAJAS MUNICIPALES

Las cajas municipales de ahorro y crédito operan preferentemente dentro de los territorios provinciales en que las autoriza la Superintendencia de Banca y Seguros y no pueden concertar créditos con ninguna de las municipalidades del país.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Art. 71
Ley N° 26702 Arts. 282:4), 286
Ley N° 29523 Art. 1



COMENTARIO

La labor de las Cajas municipales de Ahorro y Crédito (CMAC) ha sido muy importante en los últimos años, con respecto a la financiación de las actividades económicas de los sectores pobres de la población, sobre todo a través del crédito a la micro y

pequeña empresa. Esta función es importante para el plan de desarrollo futuro de las municipalidades, porque a tenor del art. VI de la LOM “los gobiernos locales promueven el desarrollo económico local, con incidencia en la micro y pequeña empresa ...”. Recuérdese que las Cajas municipales son instituciones de crédito sin ánimos de lucro, porque cumple una función social. El capital mínimo pagado para el establecimiento y funcionamiento de una CMAC será de cien Unidades Impositivas Tributarias. De este capital, las CMAC están obligadas a capitalizar, en cada ejercicio anual, un monto que no será menor al equivalente a la desvalorización de su patrimonio en términos reales, que pudiera producirse como consecuencia de la inflación, medida por el Índice de Precios al Consumidor de Lima Metropolitana, determinado por el Instituto Nacional de Estadística. En caso que la Caja no pudiera cubrir totalmente el monto exigido en el presente artículo, la diferencia será cubierta con aportes del Consejo Provincial correspondiente. Realizada la capitalización a que se refiere el párrafo anterior, la CMAC deberá destinar como mínimo el 50 % de sus utilidades reales al incremento de sus reservas y el 50% restante **podrá ser destinado a obras de beneficio social de acuerdo a lo que establezca el Comité Directivo, dentro de las prioridades fijadas en el Plan de Desarrollo Provincial.**

La creación de las Cajas Municipales de Ahorro y Crédito se inició con la dación del D.L. N° 23039 del 14/95/80, y su Reglamento - D.S. N° 147-81-EF del 17/07/81⁽¹¹⁵⁾.

El Decreto Ley fue derogado por el D.Leg. N° 770 - Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros publicada el 30/10/93, a su vez derogada por la

(115) Estas instituciones surgieron a fines del siglo XVII en Alemania e Inglaterra, como un mecanismo para mejorar las condiciones de vida de la clase trabajadora. Hacia mediados del siglo XIX surge el modelo español como respuesta para enfrentar la usura de los prestamistas. Su objetivo principal era conducir el ahorro popular hacia la inversión y las labores sociales. Es bajo este concepto que se crean las cajas municipales de ahorro y crédito (CMAC) en el Perú en 1982. Inicialmente nacen con el modelo alemán y luego bajo el esquema español (nota de El Comercio del sábado 1 de mayo de 2010).

“El sistema de cajas municipales fue creado por iniciativa del gobierno de Alemania en 1983, sobre la base del sistema Sparkasse o cajas de ahorro de aquel país, contando para ello con el apoyo técnico y orientación de la Agencia de Cooperación Alemana GTZ (Tello, 1995). El apoyo inicial se concentró en la Caja Municipal de Piura, la primera del sistema (fundada en 1982), extendiéndose rápidamente a otras cajas municipales, sobre todo a raíz de la firma de un convenio de cooperación entre la GTZ y la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS) para la elaboración de un proyecto de ley que regulara el funcionamiento del sistema y que posteriormente resultó en el Decreto Supremo N° 191-86-EF de 1986 (ya desde 1980 regía el Decreto Ley N° 23039, que regulaba a las cajas municipales de ahorro y crédito fuera de Lima y Callao. Al no pertenecer al sistema la Caja Municipal de Lima, tal como ya ha sido mencionado, no ha recibido sustancial apoyo de la cooperación alemana. Actualmente, el sistema está compuesto, además, por las Cajas Municipales de Santa, Arequipa, Sullana, Cuzco, Maynas, Ica, Paita, Huancayo, Trujillo, Pisco y Tacna. (En 1990 se promulgó el Decreto Supremo N° 157-90-EF, que permite a las Cajas instalar agencias en otras provincias mediante convenios entre municipalidades, además de crear el Fondo Nacional para canalizar líneas de financiamiento nacional e internacional. En 1993, a través del Decreto Legislativo N° 770, se da el marco legal por el cual las cajas municipales quedan incluidas dentro del sistema financiero. Recientemente se han hecho modificaciones al marco legal, de tal modo que se ha formalizado la conversión de las cajas en sociedades anónimas). En particular, el sistema de cajas municipales, como su nombre lo indica, ofrece servicios de ahorro y crédito y son organizaciones sin fines de lucro, propiedad de las autoridades regionales.” CHONG, Alberto y SCHROTH, Enrique. “Cajas Municipales, Microcrédito y pobreza en el Perú”. p. 22. <<http://cies.org.pe/libros/investigaciones-breves/cajas-municipales/distribucion-del-ingreso>>.

Ley N° 26702 - Ley General del Sistema Financiero, publicada el 09/12/1996, que es la norma actualmente vigente. El Reglamento también fue derogado por el D.S. N° 157-90-EF - Dispositivo que norma el funcionamiento en el país de las Cajas Municipales de Ahorro y Crédito, publicada el 29/05/90, que es la norma en vigencia.

Otras normas relacionadas: la R. N° 043-91-SBS - Aprueba el Estatuto del Fondo de Cajas Municipales de Ahorro y Crédito, publicada el 21/06/1991; la Resolución N° 1155-2003-SBS - que aprueba la modificación del Estatuto de la Federación Peruana de Cajas Municipales de Ahorro y Crédito, publicada el 15/08/2003; el Oficio Circular N° 6815-97-SBS - Normas para la conversión de Cajas Municipales de Ahorro y Crédito en Sociedades Anónimas, publicado el 29/10/1997; el D.S. N° 150-2001-EF Sobre política y estructura remunerativa de las Cajas Municipales de Ahorro y Crédito, publicado el 15/07/2001; la R. N° 897-2001-SBS, que establece los procedimientos y condiciones que regirán a las Cajas Municipales de Ahorro y Crédito para el otorgamiento de créditos hipotecarios para vivienda; el D.S. N° 199-2007-EF - Aprueba la política y Estructura remunerativa de las Cajas Municipales de Ahorro y Crédito, publicada 16/12/2007 (norma que no dispone la derogación del D.S. N° 150-2001, el que mantiene su vigencia en todo lo que no se contradiga con el más reciente dispositivo); la Resolución N° 410-97-SBS - Reglamento sobre la Conversión a Sociedad Anónima y participación accionaria de las Cajas Municipales de Ahorro y Crédito (modificada por la R. N° 114-2004-SBS, publicada el 28/01/2004); Ley N° 29523 - Ley de mejora de la competitividad de las Cajas Municipales de Ahorro y Crédito, publicada el 01/01/2010; y la R. N° 18070-2010-SBS - que aprueba el Reglamento para la Elección de los Representantes al Directorio de las Cajas Municipales de Ahorro y Crédito, publicada el 31/12/2010.

De conformidad con el art. 5 del D.S. N° 157-90-EF:

“Las Cajas Municipales de Ahorro y Crédito, podrán realizar las siguientes operaciones:

- a) Otorgar préstamos pignoraticios con garantía prendaria con alhajas u otros objetos de oro o plata;
- b) Emitir certificados técnicos de valorización de alhajas u otros objetos de oro o plata que le sean solicitados.
- c) Remarcar directamente las prendas pignoradas en casos de incumplimiento del pago de préstamos, de acuerdo al procedimiento elaborado por la Federación Peruana de Cajas Municipales de Ahorro y Crédito (FEPCMAC) y aprobado por la Superintendencia de Banca y Seguros. Del valor obtenido en el remate, la CMAC descontará el monto del préstamo, los intereses, moras, gastos de remate y otros costos en que haya incurrido por este concepto.
- d) Recibir depósitos de ahorro y a plazo.
- e) Efectuar servicios de caja y tesorería.
- f) Conceder créditos a la pequeña empresa y otros tipos de créditos, de conformidad con un Reglamento elaborado por la FEPCMAC y aprobado por la Superintendencia de Banca y Seguros.
- g) Administrar en fideicomiso fondos de entidades nacionales o extranjeras de acuerdo con un Reglamento que elaborará la Federación Peruana de Cajas Municipales de Ahorro y Crédito y aprobará la Superintendencia de Banca y Seguros.

- h) Recibir líneas de crédito del Banco Central de Reserva del Perú y de otras entidades financieras nacionales o extranjeras.
- i) Efectuar depósitos en cuenta corriente, de ahorro y a plazo, con sus propios recursos, tanto en moneda nacional como extranjera.
- j) Realizar otras inversiones financieras temporales.
- k) Efectuar operaciones de cambio de moneda extranjera, previa autorización del Banco Central de Reserva del Perú; y
- l) Otras operaciones que sean autorizadas por la Superintendencia de Banca y Seguros.

La autorización para funcionar como CMAC conlleva la facultad de realizar las operaciones establecidas en los incisos a), b), c), e), h), i) y j) del presente artículo.

Luego de un año de operaciones realizadas a satisfacción de la Superintendencia de Banca y Seguros, esta podrá autorizar a la CMAC la realización de operaciones previstas en los incisos d) y g) del presente artículo.

Luego de dos años de operaciones realizadas a satisfacción de la Superintendencia de Banca y Seguros, esta podrá autorizar a la CMAC la realización de las operaciones previstas en los incisos f) y l) del presente artículo”.

Los especialistas Alberto Chong y Enrique Schroth, haciendo un balance sobre el manejo y resultados actuales de las cajas municipales, explican lo siguiente:

“(…) la tecnología financiera de las cajas municipales tiene las siguientes características básicas: (i) **el principio de gestión**, por el cual dichas entidades se encuentran dirigidas no por una sola persona, sino por un comité de gerencia, que usualmente está compuesto por más de dos personas hasta un máximo de seis; (ii) **el principio de supervisión**, el comité de gerencia está supervisado por un comité de vigilancia, como auditor permanente de la gestión del comité directivo; (iii) **el principio de autonomía**, que busca disminuir las influencias políticas o política partidaria, al ser sus directivos elegidos como representantes de diferentes grupos de la comunidad y no con criterio político. Estas características han sido implementadas de una u otra manera en el Sistema de Cajas Municipales de Ahorro y Crédito de Perú y, de acuerdo con el criterio comúnmente aceptado, parecen haber resultado en experiencias exitosas en el sistema nacional. Así tenemos que el principio de gestión alemán ha sido plenamente instaurado en el sistema nacional, a través del requisito de gerencia colegiada que obliga a una ‘doble firma’ y por el cual ningún único individuo tiene poder de gestión unilateral. Por su parte, el principio de supervisión se ha traducido en la creación de la Federación Peruana de Cajas Municipales de Ahorro y Crédito, entidad que audita externamente a las diferentes cajas y vela por el cumplimiento de las normas de la SBS. Finalmente, el principio de autonomía se expresa en el hecho que el Comité Directivo de cada caja municipal está integrado por grupos representativos de la comunidad, usualmente la iglesia, el sector privado y regidores municipales, de tal modo que se minimice el uso de las Cajas con fines políticos”.

Y en las conclusiones del estudio indicado, precisan:

“La evidencia empírica tradicional, tanto en términos de eficiencia interna como en términos de eficiencia externa, demuestra que el sistema de cajas municipales

ha sido exitoso; y con relación a los estándares internacionales, este se comporta dentro de los parámetros aceptados. El porcentaje de 'cartera pesada' del sistema de cajas municipales es bastante reducido e inclusive ha tendido a reducirse en el tiempo. En 1993 alcanzó un 7.2 %, lo cual es bastante bajo si lo comparamos con el 10 % que reportó BKD o el 20 % de BRK. El monto promedio por préstamo otorgado también se ha incrementado de manera sostenida, ya en 1993 este indicador se asemejaba al de algunos programas de mayor antigüedad (...) En términos de eficiencia externa, las cajas municipales también parecen haber sido exitosas. El tamaño promedio del préstamo, el número de clientes, la tasa de crecimiento de los activos y, en general, todos los indicadores financieros disponibles muestran que el sistema de cajas municipales ha cumplido una función exitosa en términos de alcance a los más necesitados. Sin embargo, no solamente hemos limitado el estudio a un análisis financiero-contable de la evidencia empírica disponible. Gracias al uso de técnicas econométricas, hemos encontrado que las cajas municipales más exitosas, en términos de su autosuficiencia financiera, parecen ser las que han logrado mantener menores niveles de 'cartera pesada' y mayor experiencia en el negocio colocando crédito. También mostramos que el aporte del sistema de cajas municipales a los sectores más necesitados dentro de un marco de estabilidad y solidez financiera, parece haber sido real. Fundamentalmente, hemos hallado una relación inversa y estadísticamente robusta entre la profundidad de los alcances de las cajas municipales en las provincias y los indicadores de bienestar social. Obviamente, un estudio de esta naturaleza no puede ser tomado como definitivo, pero esperamos que el presente documento sirva como un primer paso para la realización de estudios serios sobre el vínculo entre microfinanzas y pobreza en el país. En la actualidad, en Perú existen diversas entidades financieras que buscan apoyar con capital de trabajo a las microempresas en diferentes zonas fuera de Lima, cuyos objetivos y aplicación de tecnología son similares al Sistema de Cajas Municipales de Ahorro y Crédito. Entre ellas tenemos un variado grupo de organizaciones no gubernamentales, las cajas rurales, el sistema de EDPYMES (aún en sus inicios) y, en un futuro cercano, el llamado 'Banco de los Pobres' 'Mi banco'. Todas estas experiencias tienen algo que aprender del sistema de Cajas Municipales de Ahorro y Crédito⁽¹¹⁶⁾.

Finalmente, una importantísima norma que se ha emitido sobre este tema, lo constituye la Ley N° 29523, publicada el 01/05/2010, que busca mejorar la competitividad de las Cajas municipales, a efectos de que puedan operar en igualdad de condiciones, respecto de la toma de decisiones en aspectos relativos a personal, presupuesto y adquisiciones y contrataciones, con el resto de empresas del Sistema Financiero Nacional, mediante la **exclusión de las cajas municipales de ahorro y crédito de las normas y reglamentos del Sistema Nacional de Presupuesto y de la Ley de Contrataciones del Estado**. En consecuencia, el directorio de cada caja municipal de ahorro y crédito aprobará por mayoría simple su propio reglamento de adquisiciones y contrataciones. Dicho reglamento contará con la opinión del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) y de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS).

En ese sentido, las cajas municipales de ahorro y crédito continuarán sujetas a la supervisión y control de la Contraloría General de la República y de la Superintendencia

(116) Ídem.

de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS). Asimismo, la Federación Peruana de Cajas Municipales de Ahorro y Crédito coordina las actividades de las cajas municipales de ahorro y crédito a nivel nacional y las representa a nivel nacional e internacional.

Naturaleza jurídica de las cajas municipales

Con respecto a la naturaleza jurídica de las cajas municipales, el TC las ha definido como entidades pertenecientes a la administración pública. Al resolver una demanda de hábeas data, en la STC Exp. N° 00972-2011-HD, resolvió lo siguiente:

“5. Que en el caso de las Cajas Municipales, estas se encuentran reguladas por el Decreto Supremo N° 157-90-EF, cuyo artículo 1 las define ‘(...) como empresas con personería jurídica propia de derecho público que tienen autonomía económica, financiera y administrativa (...)’. Asimismo, el inciso 7) del artículo I del Título Preliminar de la Ley N° 27444, del Procedimiento Administrativo General, dispone que se entenderá por ‘entidad’ o ‘entidades’ de la Administración Pública a: ‘Las demás entidades y organismos, proyectos y programas del Estado, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto, se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público, salvo mandato expreso de ley que las refiera a otro régimen’.

6. Que, como puede advertirse, los jueces de las instancias precedentes han incurrido en un error de apreciación toda vez que, conforme a lo expuesto en el Considerando 5, supra, las Cajas Municipales como la emplazada sí constituyen entidades de la administración pública y, por lo mismo, se encuentran obligadas a proporcionar la información pública solicitada, en los términos previstos en el artículo 2.5 de la Constitución”.

También es importante comentar la STC Exp. N° 00987-2012 PHD/TC, mediante la cual se interpone demanda de hábeas data contra la Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Trujillo S.A., solicitando que se le entregue copia fedateada de la estructura organizacional vigente, del cuadro para asignación de personal vigente, del cuadro nominativo de personal vigente y de la escala o estructura remunerativa vigente. Alega que la mencionada documentación fue solicitada y que no le fue entregada, lo cual vulnera su derecho de acceso a la información pública. La sociedad emplazada contesta la demanda señalando que no es una entidad pública, sino una persona jurídica de Derecho Privado que no presta servicio público, por lo que no se encuentra obligada a entregar la información solicitada. El TC resuelve del modo siguiente:

“4. En el presente caso, este Tribunal considera que la estructura organizacional, el cuadro para asignación de personal, el cuadro nominativo de personal y la escala o estructura remunerativa de la sociedad emplazada no constituye información relacionada con las características del servicio financiero que presta, ni con sus tarifas, es decir, no es información de acceso público, por cuanto es información referida a su organización interna.

En sentido similar, en la RTC 02945-2011-PHD/TC este Tribunal precisó que ‘la información solicitada por la recurrente [a Telefónica del Perú S.A.A.] –cuadros analítico y de asignación de personal, número y relación de plazas vacantes, tipo de contrataciones, entre otras– no se encuentra referida’ a las características del servicio público que presta, a sus tarifas y/o a sus funciones administrativas, pues se ‘trata de información que corresponde a la organización interna de la empresa’”.

TÍTULO V

LAS COMPETENCIAS Y FUNCIONES ESPECÍFICAS DE LOS GOBIERNOS LOCALES

CAPÍTULO I

LAS COMPETENCIAS Y FUNCIONES ESPECÍFICAS GENERALES

ARTÍCULO 73.- MATERIAS DE COMPETENCIA MUNICIPAL

La Ley de Bases de la Descentralización establece la condición de exclusiva o compartida de una competencia.

Las funciones específicas municipales que se derivan de las competencias se ejercen con carácter exclusivo o compartido entre las municipalidades provinciales y distritales, con arreglo a lo dispuesto en la presente ley orgánica.

Dentro del marco de las competencias y funciones específicas establecidas en la presente ley, el rol de las municipalidades provinciales comprende:

- (a) Planificar integralmente el desarrollo local y el ordenamiento territorial, en el nivel provincial.

Las municipalidades provinciales son responsables de promover e impulsar el proceso de planeamiento para el desarrollo integral correspondiente al ámbito de su provincia, recogiendo las prioridades propuestas en los procesos de planeación de desarrollo local de carácter distrital.

- (b) Promover, permanentemente la coordinación estratégica de los planes integrales de desarrollo distrital. Los planes referidos a la organización del espacio físico y uso del suelo que emitan las municipalidades distritales deberán sujetarse a los planes y las normas municipales provinciales generales sobre la materia.
- (c) Promover, apoyar y ejecutar proyectos de inversión y servicios públicos municipales que presenten, objetivamente, externalidades o economías de escala de ámbito provincial; para cuyo efecto, suscriben los convenios pertinentes con las respectivas municipalidades distritales.
- (d) Emitir las normas técnicas generales, en materia de organización del espacio físico y uso del suelo así como sobre protección y conservación del ambiente.

Cuando se trate del caso de municipalidades conurbadas, los servicios públicos locales que, por sus características, sirven al conjunto de la aglomeración urbana, deberán contar con mecanismos de coordinación en el ámbito de la planificación y prestación de dichos servicios entre las municipalidades vinculadas, de modo que se asegure la máxima eficiencia en el uso de los recursos públicos y una adecuada provisión a los vecinos.

Las municipalidades, tomando en cuenta su condición de municipalidad provincial o distrital, asumen las competencias y ejercen las funciones específicas señaladas en

el Capítulo II del presente Título, con carácter exclusivo o compartido, en las materias siguientes:

1. Organización del espacio físico - Uso del suelo
 - 1.1. Zonificación.
 - 1.2. Catastro urbano y rural.
 - 1.3. Habilitación urbana.
 - 1.4. Saneamiento físico legal de asentamientos humanos.
 - 1.5. Acondicionamiento territorial.
 - 1.6. Renovación urbana.
 - 1.7. Infraestructura urbana o rural básica.
 - 1.8. Vialidad.
 - 1.9. Patrimonio histórico, cultural y paisajístico.
2. Servicios públicos locales
 - 2.1. Saneamiento ambiental, salubridad y salud.
 - 2.2. Tránsito, circulación y transporte público.
 - 2.3. Educación, cultura, deporte y recreación.
 - 2.4. Programas sociales, defensa y promoción de derechos ciudadanos.
 - 2.5. Seguridad ciudadana.
 - 2.6. Abastecimiento y comercialización de productos y servicios.
 - 2.7. Registros Civiles, en mérito a convenio suscrito con el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, conforme a ley.
 - 2.8. Promoción del desarrollo económico local para la generación de empleo.
 - 2.9. Establecimiento, conservación y administración de parques zonales, parques zoológicos, jardines botánicos, bosques naturales, directamente o a través de concesiones.
- 2.10. Otros servicios públicos no reservados a entidades de carácter regional o nacional.
3. Protección y conservación del ambiente
 - 3.1. Formular, aprobar, ejecutar y monitorear los planes y políticas locales en materia ambiental, en concordancia con las políticas, normas y planes regionales, sectoriales y nacionales.
 - 3.2. Proponer la creación de áreas de conservación ambiental.
 - 3.3. Promover la educación e investigación ambiental en su localidad e incentivar la participación ciudadana en todos sus niveles.
 - 3.4. Participar y apoyar a las comisiones ambientales regionales en el cumplimiento de sus funciones.
 - 3.5. Coordinar con los diversos niveles de gobierno nacional, sectorial y regional, la correcta aplicación local de los instrumentos de planeamiento y de gestión ambiental, en el marco del sistema nacional y regional de gestión ambiental.
4. En materia de desarrollo y economía local
 - 4.1. Planeamiento y dotación de infraestructura para el desarrollo local.
 - 4.2. Fomento de las inversiones privadas en proyectos de interés local.
 - 4.3. Promoción de la generación de empleo y el desarrollo de la micro y pequeña empresa urbana o rural.
 - 4.4. Fomento de la artesanía.
 - 4.5. Fomento del turismo local sostenible.

- 4.6. Fomento de programas de desarrollo rural.
5. En materia de participación vecinal
- 5.1. Promover, apoyar y reglamentar la participación vecinal en el desarrollo local.
- 5.2. Establecer instrumentos y procedimientos de fiscalización.
- 5.3. Organizar los registros de organizaciones sociales y vecinales de su jurisdicción.
6. En materia de servicios sociales locales
- 6.1. Administrar, organizar y ejecutar los programas locales de lucha contra la pobreza y desarrollo social.
- 6.2. Administrar, organizar y ejecutar los programas locales de asistencia, protección y apoyo a la población en riesgo, y otros que coadyuven al desarrollo y bienestar de la población.
- 6.3. Establecer canales de concertación entre los vecinos y los programas sociales.
- 6.4. Difundir y promover los derechos del niño, del adolescente, de la mujer y del adulto mayor; propiciando espacios para su participación a nivel de instancias municipales.
7. Prevención, rehabilitación y lucha contra el consumo de drogas
- 7.1. Promover programas de prevención y rehabilitación en los casos de consumo de drogas y alcoholismo y crear programas de erradicación en coordinación con el gobierno regional.
- 7.2. Promover convenios de cooperación internacional para la implementación de programas de erradicación del consumo ilegal de drogas.

A iniciativa de la municipalidad se podrán organizar comités multisectoriales de prevención del consumo de drogas, con la participación de los vecinos, con la finalidad de diseñar, monitorear, supervisar, coordinar y ejecutar programas o proyectos de prevención del consumo de drogas y de conductas de riesgo en el ámbito local, pudiendo contar para ello con la asistencia técnica de la Comisión Nacional para el Desarrollo y Vida sin Drogas - DEVIDA.

CONCORDANCIAS:

Const.	Art. 195
Ley N° 27972	Arts. 75, 111, 112
Ley N° 28044	Arts. 3, 4, 9, 13, 43, 82
Ley N° 28015	Arts. 4, 13



COMENTARIO

El art. 195 de la Constitución Política del Estado establece la finalidad (los gobiernos locales promueven el desarrollo y la economía local, y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo⁽¹¹⁷⁾) y las competencias de los gobiernos locales, sin hacer distinción entre distritales y provinciales. Sin embargo, su generalidad no nos permite identificar el campo de acción y las actividades propias de cada una de ellas, de allí que sea necesario que se establezcan las competencias municipales para cada nivel

(117) La finalidad de los gobiernos locales, en concordancia con este dispositivo constitucional, también está señalado en el art. IV del Título Preliminar de la LOM: "FINALIDAD. Los gobiernos locales representan al vecindario, promueven la adecuada prestación de los servicios públicos locales y el desarrollo integral, sostenible y armónico de su circunscripción".

provincial y es decir aquellas materias que les son propias a los gobiernos locales, de acuerdo a su ámbito jurisdiccional.

El TC ha hecho un análisis respecto del desarrollo de las competencias municipales en los términos siguientes (Exp. N° 0046-2004-PI/TC):

“9. Por otro lado, la propia Constitución, en su art. 195, regula de manera genérica al conjunto de facultades que deben ser ejercidas de manera excluyente y exclusiva por los gobiernos locales, lo que de por sí es insuficiente para que los gobiernos locales funcionen de manera adecuada y cumplan con las atribuciones que la Constitución les otorga; es por ello que se requiere de una norma ‘complementaria’ que desarrolle los preceptos constitucionales, más aún cuando la propia Constitución, en el inciso 10 del mismo artículo, dispone que los gobiernos locales son competentes para ejercer las demás atribuciones inherentes a su función, conforme a ley, lo que constituye una auténtica reserva de ley, la misma que debe ser implementada por el legislador ordinario –como ya ocurrió–, a través de una norma en los términos del artículo 106 de la Constitución, esto es, de una ley orgánica que permita regular la estructura y funcionamiento de los gobiernos locales.

10. Así, dado que la Ley Orgánica de Municipalidades ha sido dictada dentro del marco constitucional para determinar la competencia de los gobiernos locales, también forma parte del bloque de constitucionalidad y constituye un parámetro que puede y debe ser utilizado cuando se trate de realizar un control de constitucionalidad; la afirmación de que la precitada Ley Orgánica forma parte del referido bloque ya ha sido expuesta por el Tribunal Constitucional en la sentencia del Exp. N° 0689-2000-AC (fund. 4.), lo que también ha sido afirmado cuando se ha hecho referencia a otras normas que forman parte del bloque de constitucionalidad, como es el caso de la Ley Orgánica del Poder Judicial (resoluciones recaídas en los Exps. N° 2483-2002-AA [fund. 2.] y N° 0669-2003-AA [fund. 4.]”.

De lo que se desprende que: “La competencia hace referencia a un poder conferido por la Constitución y demás normas del bloque de constitucionalidad para generar un acto estatal (...)” (Exp. N° 0689-2000-AC). En suma y como señala Boquera Olivera “(...) la determinación de la competencia de una Administración pública obliga a resolver dos cuestiones diferentes: Primera, qué puede la Administración, en general, hacer o no hacer con respecto a los particulares. Segunda, dentro de lo que puede hacer la Administración in genere, qué le corresponde hacer a aquella concretamente. Se trata, pues, de llevar a cabo una doble operación: en primer lugar, decidir cuáles son los fines que pueden y deben cumplir las Administraciones públicas y, en segundo lugar, repartir el cumplimiento de dichos fines entre todas las Entidades públicas. La valoración del resultado de esta doble operación nos permitirá concluir si está bien o mal determinada la competencia de las personas públicas”⁽¹¹⁸⁾.

Así, la materia que se desarrolla en el presente Título (arts. 73 a 87 de la LOM), son las siguientes: a) las competencias, es decir, el conjunto de atribuciones que

(118) BOQUERA OLIVER, José María. “Determinación de la competencia de las entidades locales”. En: *Revista de Estudios de la Vida Local*. Año XXV, N° 150, Madrid, noviembre-diciembre de 1966, p. 872.

corresponde a las municipalidades en tanto gobiernos locales y entidades básicas de la organización territorial del Estado; b) las funciones o el conjunto de tareas que se derivan o que forman parte de una determinada competencia; c) las funciones, que en ejercicio de dichas competencias, le corresponden a las municipalidad provinciales y a las municipalidad distritales.

Ahora, este conjunto de atribuciones y funciones a que se hace referencia en el presente título, son aquellas que corresponden a la entidad local mas no a los órganos que lo conforman. Esta competencia, como aclara el profesor Antonio María Hernández, citando a Marienhoff, es comparable al de la capacidad de las personas en el Derecho Privado, aunque existe una diferencia sustancial, porque “mientras en el derecho privado la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción, en derecho administrativo sucede todo lo contrario: la competencia es la excepción, la incompetencia la regla”⁽¹¹⁹⁾. De lo que se deriva una consecuencia práctica para el ejercicio de la competencia municipal: las entidades, los órganos, los funcionarios y empleados municipales, solo pueden ejercer aquellas competencias y funciones que la norma expresamente les otorga; lo que también se conoce como **principio de vinculación positiva**. Para Galán Galán, “Según la doctrina de la vinculación positiva, la Administración está vinculada positivamente a la ley: solamente puede hacer aquello que la ley le autorice. Estamos ante una manifestación más rígida y exigente del principio de legalidad: la ley opera como fundamento previo y necesario de la actuación de la Administración. Se sostiene, en efecto, que esa actuación únicamente puede ser válidamente realizada si cuenta con una cobertura legal previa: si la ley le habilita a realizarla y, además, solo en la medida que lo habilite. Sin esa previa habilitación la actuación debe considerarse prohibida. Esta es la forma de vinculación que se expresa con la máxima latina *quae no sunt permissae, prohibita intelliguntur* (lo que no está permitido, está prohibido)”⁽¹²⁰⁾.

Y en el ámbito nacional, Morón Urbina explica el principio de vinculación positiva en los términos siguientes: “Con acierto se señala que mientras que los sujetos de derecho privado, pueden hacer todo lo que no está prohibido, lo sujetos de derecho público solo pueden hacer aquello que le sea expresamente facultado. En otras palabras, no basta la simple relación de no contradicción. Se exige, además, una relación de subordinación. O sea, que para la legitimidad de un acto administrativo es insuficiente el hecho de no ser ofensivo a la ley. Debe ser realizado con base en alguna norma permisiva que le sirva de fundamento”⁽¹²¹⁾.

Principios de la competencia

La doctrina ha determinado los siguientes principios de la competencia administrativa:

- a) Debe surgir de una norma expresa, es decir a lo que hemos hecho referencia al hablar del principio de vinculación positiva;

(119) HERNÁNDEZ, Antonio María. Ob. cit., p. 353.

(120) GALÁN GALÁN, Alfredo. “La consolidación del principio de vinculación negativa en el ámbito local”. En: *Revista Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional - CEMCI*. N° 8, julio-setiembre, 2010.

(121) MORÓN URBINA, Juan Carlos. Ob. cit., p. 60.

- b) Es improrrogable, lo que quiere decir que no puede salirse de los límites que le otorga la ley, en razón de materia o territorio; que debe respetar los alcances que establece la ley para cada tipo de municipalidad provincial o distrital, por ejemplo;
- c) Es propia del órgano, y no de la persona física titular de él⁽¹²²⁾.

Las competencias municipales en la Constitución

El art. 195 de la Constitución⁽¹²³⁾, señala que los gobiernos locales son competentes para:

1. **Aprobar su organización interna y su presupuesto.** Los incisos 1), 3) y 16) del art. 9 de La LOM, lo recoge como atribuciones del Concejo Municipal, en ejercicio de su función normativa, los que emitirán las correspondientes ordenanza, en base al art. 40 de la LOM, que prescribe que mediante ordenanza se aprueba la organización interna de la Municipalidad.
2. **Aprobar el plan de desarrollo local concertado con la sociedad civil.** El inciso 1) del art. 9 de La LOM, lo recoge como atribución del Concejo Municipal.
3. **Administrar sus bienes y rentas.** El inciso 29) del art. 9 de La LOM, señala que es atribución del Concejo aprobar el régimen de administración de sus bienes y rentas.
4. **Crear, modificar y suprimir contribuciones, tasas, arbitrios, licencias y derechos municipales, conforme a ley.** Debe concordarse con el art. 74 de la Constitución, que señala que los Gobiernos locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de estas, dentro de su jurisdicción y con los límites que señala la ley. El Estado al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de la ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona. Ningún tributo puede tener efecto confiscatorio. El inciso 9) del art. 9 de La LOM, señala que es atribución del concejo crear, modificar, suprimir o exonerar de contribuciones, tasas arbitrios, licencias y derechos.
5. **Organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales de su responsabilidad.** El inciso 29) del art. 9 de La LOM, señala que es atribución del Concejo aprobar el régimen de administración de los servicios público locales. Las funciones propias de esta competencia están desarrolladas en el numeral 2) del art. 73 de la LOM, que precisa que se consideran servicios públicos locales:
 - 2.1. Saneamiento ambiental, salubridad y salud (art. 80 de la LOM).
 - 2.2. Tránsito, circulación y transporte público (art. 81 de la LOM).
 - 2.3. Educación, cultura, deporte y recreación (art. 82 de la LOM).

(122) Cfr. HERNÁNDEZ, Antonio María. Ob. cit., p. 353.

(123) Para mayor referencia sobre las competencias de los gobiernos locales en la Constitución, puede revisar nuestros comentarios a la Ley de Reforma de Constitucional Ley N° 27680 - Ley de Reforma Constitucional publicada el 07/03/2002.

- 2.4. Programas sociales, defensa y promoción de derechos ciudadanos (art. 84 de la LOM).
 - 2.5. Seguridad ciudadana (art. 85 de la LOM).
 - 2.6. Abastecimiento y comercialización de productos y servicios (art. 83 de la LOM).
 - 2.7. Registros civiles, en mérito a convenio suscrito con el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, conforme a la Ley (Ley N° 26497 - Ley Orgánica de RENIEC: art. 8 y 3ª DC).
 - 2.8. Promoción del desarrollo económico local para la generación de empleo (art. 86 de la LOM).
 - 2.9. Establecimiento, conservación y administración de parques zonales, parques zoológicos, jardines botánicos, bosques naturales, directamente o a través de concesiones (art. 79 de la LOM).
 - 2.10. Otros servicios públicos no reservados a entidades de carácter regional o nacional (art. 87 de la LOM).
6. **Planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones, incluyendo la zonificación, urbanismo y el acondicionamiento territorial.** El inciso 5) del art. 9 de La LOM, señala que es atribución del Concejo Municipal, aprobar el Plan de Desarrollo Urbano, el Plan de Desarrollo Rural, el Esquema de Zonificación de áreas urbanas, el Plan de Desarrollo de Asentamientos Humanos y demás planes específicos sobre la base del Plan de Acondicionamiento Territorial. Las funciones propias de esta competencia están desarrolladas en el numeral 1) del art. 73 y del 79 de la LOM.
 7. **Fomentar la competitividad, las inversiones y el financiamiento para la ejecución de proyectos y obras de infraestructura local.** El inciso 2) del art. 9 de La LOM, señala que es atribución del Concejo Municipal, aprobar, monitorear y controlar el programa de inversiones, teniendo en cuenta los Planes de Desarrollo Municipal Concertados y sus Presupuestos Participativos. Las funciones propias de estas competencias están desarrolladas en el art. 79 de la LOM.
 8. **Desarrollar y regular actividades y/o servicios en materia de educación, salud, vivienda, saneamiento, medio ambiente, sustentabilidad de los recursos naturales, transporte colectivo, circulación y tránsito, turismo, conservación de monumentos arqueológicos e históricos, cultura, recreación y deporte, conforme a ley.** Esta competencia guarda concordancia con la estipulada en el numeral 5 del mismo art. 195 de la Constitución. Las funciones propias de esta competencia, están desarrolladas en los arts. 70, 80, 81, 82, 83, 84, 85 y 86 de la LOM.
 9. **Presentar iniciativas legislativas en materias y asuntos de su competencia.** Esta competencia guarda concordancia con lo dispuesto en el art. 107 de la Constitución, que señala que los gobiernos locales tienen derecho a iniciativa en la formación de leyes, en las materias que les son propias; y el art. 123 de la LOM, que establece que las relaciones que mantienen las municipalidades con el Gobierno nacional, los gobiernos regionales y los poderes del Estado tienen por finalidad garantizar el ejercicio del derecho de iniciativa legislativa, la

coordinación de las acciones de competencia de cada uno, así como el derecho de propuesta o petición de normas reglamentarias de alcance nacional. Estas relaciones implican respeto mutuo y atención a las solicitudes que se formulen recíprocamente.

Este listado de competencias no es cerrada (númerus clausus) puesto que la misma Constitución señala que los gobiernos locales pueden “Ejercer las demás atribuciones inherentes a su función, conforme a ley” (inc. 10 del art. 195).

Las competencias municipales en la Ley de Bases de la Descentralización

Pero si bien la Constitución Política establece las competencias de los gobiernos locales, es la Ley N° 27783 - Ley de Bases de la Descentralización, la que determina el sistema de atribución de competencia y cómo estas se conceden a cada uno de los diferentes niveles de gobierno. La Ley de Bases de la Descentralización, que es una norma anterior a la LOM, establece la finalidad, principios, objetivos y criterios generales del proceso de descentralización, regula la conformación de las regiones y municipalidades, fija las competencias de los tres niveles de gobierno, determina los bienes y recursos de los gobiernos regionales y locales y regula las relaciones de gobierno en sus distintos niveles.

El art. 13 de la Ley de Bases de la Descentralización establece tres tipos de competencia, que sirven de base a la regulación de las competencias y funciones que establece la LOM. Los tipos de competencia son:

1. **Competencias exclusivas:** aquellas cuyo ejercicio corresponde de manera exclusiva y excluyente a cada nivel de gobierno conforme a la Constitución y la ley;
2. **Competencias compartidas**⁽¹²⁴⁾: aquellas en las que intervienen dos o más niveles de gobierno, que comparten fases sucesivas de los procesos implicados. La ley indica la función específica y responsabilidad que corresponde a cada nivel, y
3. **Competencias delegables:** aquellas que un nivel de gobierno delega a otro de distinto nivel, de mutuo acuerdo y conforme al procedimiento establecido en la ley, quedando el primero obligado a abstenerse de tomar decisiones sobre la materia o función delegada. La entidad que delega mantiene la titularidad de la competencia, y la entidad que la recibe ejerce la misma durante el periodo de la delegación.

(124) Respecto del tema de las competencias municipales compartidas, queremos anotar que la forma como ha sido redactada en la LOM, no se condice con la definición que hace la Ley de Bases de la Descentralización. En el caso de la LOM, no se trata de **fases sucesivas** sino que se ha legislado como labores de coordinación (y aun de superposición), por lo que no queda suficientemente claro a la hora de delimitar las funciones compartidas entre las municipalidades provinciales y distritales y con los gobiernos regionales. Esta incoherencia, generó un conflicto entre el Poder Ejecutivo (que observó la autógrafa del proyecto de LOM) y la Comisión de Gobiernos locales del Congreso de la República (que insistió en el texto que ahora es ley, que fue el que finalmente primó). Para mayor alcance, pueden ver nuestros comentarios al art. 43 y siguiente de la Ley de Bases de la Descentralización. Lo que aquí nos interesa, es desarrollar las competencias municipales, tal y como ha sido regulado en la LOM y su relación con la Ley de Bases de la Descentralización, al margen de cualquier defecto de técnica jurídica.

El art. 41, en concordancia con el art. 13 de la Ley de Bases de la Descentralización, señala que las competencias que se asignarán a las municipalidades serán las siguientes:

1. **Competencias exclusivas comunes** a todas las municipalidades distritales y provinciales, sin diferenciación de su ubicación, población, capacidad de gestión o recursos.
2. **Competencias claramente diferenciadas** entre las municipalidades distritales y provinciales.
3. **Competencias exclusivas** para las municipalidades provinciales.
4. **Competencias diferenciadas** para las municipalidades con regímenes especiales.
5. **Competencias delegadas del gobierno central** que pueden irse transfiriendo gradualmente mediante convenio.
6. **Funciones de competencias ejercidas en mancomunidades** de municipalidades.
7. **Delegación de competencias y funciones a las municipalidades de centros poblados**, incluyendo los recursos correspondientes.

El art. 42 de la Ley de Bases regula las competencias exclusivas de las municipalidades, es decir, aquellas que les corresponde a toda municipalidad en cuanto tal; estas son: a) planificar y promover el desarrollo urbano y rural de su circunscripción, y ejecutar los planes correspondientes, b) normar la zonificación, urbanismo, acondicionamiento territorial y asentamientos humanos; c) administrar y reglamentar los servicios públicos locales destinados a satisfacer necesidades colectivas de carácter local; d) aprobar su organización interna y su presupuesto institucional conforme a la Ley de Gestión Presupuestaria del Estado y las Leyes Anuales de Presupuesto; e) formular y aprobar el plan de desarrollo local concertado con su comunidad; f) ejecutar y supervisar la obra pública de carácter local; g) aprobar y facilitar los mecanismos y espacios de participación, concertación y fiscalización de la comunidad en la gestión municipal; h) dictar las normas sobre los asuntos y materias de su responsabilidad y proponer las iniciativas legislativas correspondientes, i) otras que se deriven de sus atribuciones y funciones propias, y las que señale la Ley.

Estas competencias, por tanto, le corresponden a toda municipalidad, **no importa su condición de provincial o distrital**. Son aquellas competencias que les corresponden exclusivamente a los gobiernos locales, en el ámbito de su jurisdicción territorial, y su ejercicio no puede ser asumido por otras entidades, salvo convenio de delegación de funciones (art. 76 de la LOM). La doctrina también les otorga el nombre de **competencias propias**.

El art. 43 de la Ley de Bases precisa las competencias compartidas; estas son: a) educación, participación en la gestión educativa conforme lo determine la ley de la materia; b) salud pública; c) cultura, turismo, recreación y deportes; d) preservación y administración de las reservas y áreas naturales protegidas locales, la defensa y protección del ambiente; e) seguridad ciudadana; f) conservación de monumentos arqueológicos e históricos; g) transporte colectivo, circulación y tránsito urbano; h) vivienda y renovación urbana; i) atención y administración de programas sociales; j) gestión de residuos sólidos; k) otras que se le deleguen o asignen conforme a ley.

Estas competencias son aquellas en las cuales los diferentes niveles de gobierno (provincial, distrital y regional), comparten fases sucesivas de los procesos implicados, **aquí sí importa establecer su condición de provincial o distrital; y tener en cuenta el criterio de concurrencia** que señala el art. 14 de la Ley de Bases: “En el ejercicio de las competencias compartidas cada nivel de gobierno debe actuar de manera oportuna y eficiente, cumpliendo a cabalidad las acciones que le corresponden y respetando el campo de atribuciones propio de los demás. También aplicarán como criterios las externalidades, nacional, regional y local, que trasciende el ámbito específico donde se ubica el ejercicio de determinada competencia o función; y la necesidad de propiciar y aprovechar economía de escala”. Estas competencias son aquellas que las municipalidades pueden desarrollar, en el ámbito de su territorio, directamente o con otros órganos del Estado.

Las funciones específicas establecidas por la LOM

El art. 73 y siguientes de la LOM tienen como objetivo definir las funciones específicas de las municipalidades que se derivan de las competencias constitucionales antes referidas, ya sean exclusivas o compartidas, siguiendo el criterio establecido en la Ley de Bases de la Descentralización. De acuerdo al mecanismo regulado por la Ley de Bases, algunas competencias deberán ser asumidas por un nivel de gobierno, otras por dos o más niveles de gobierno.

A efecto de entender el criterio de definición de las competencias y funciones en la LOM, debemos tener en cuenta que, si bien la Ley de Bases de la Descentralización señala que el carácter de exclusivo o compartido corresponde a una **competencia**, la LOM municipalidades otorga la categoría de exclusiva o compartidas a las **funciones que se derivan de una determinada competencias**.

Por ejemplo, tomemos el caso de la Seguridad Ciudadana. De acuerdo con el inc. e) del art. 43 de la Ley de Bases, se trata de una **competencia compartida** (aquella en las que intervienen dos o más niveles de gobierno, que comparten fases sucesivas de los procesos implicados), pero al desarrollarse esta competencia en el art. 85 de la LOM, se establecen: a) funciones específicas exclusivas de las municipalidades provinciales; b) funciones específicas compartidas de las municipalidades provinciales; c) funciones específicas exclusivas de las municipalidades distritales. Es decir, más allá de que se trate de una competencia compartida (según la Ley de Bases de la Descentralización), la LOM lo disgrega en funciones exclusivas y compartidas. De igual modo, aunque la Ley de Bases señale que se trata de una competencia exclusiva, la LOM lo divide en funciones exclusivas y compartidas asignándolas a las municipalidades según sea provinciales o distritales. Esta es la técnica asumida por el legislador de la LOM, se entiende en aplicación del art. 44 de la Ley de Bases, que ordena: “Las competencias municipales señaladas en los artículos precedentes [se refiere a las competencias exclusivas y compartidas de sus arts. 42 y 43], se distribuyen en la Ley Orgánica de Municipalidades, según la jurisdicción provincial o distrital, precisando los niveles y funciones en cuanto a normatividad, regulación, administración, ejecución, promoción, supervisión y control”. Este criterio está expresado en el art. 74 de la LOM, que señala: “Las municipalidades ejercen, de manera exclusiva o compartida, una función promotora, normativa y reguladora, así como las de ejecución y de fiscalización y control, en las materias de su competencia, conforme a la presente ley y la Ley de Bases de la Descentralización”.

Este artículo guarda concordancia con el art. 61 de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, que regula la fuente de la competencia administrativa, señalando que: “61.1 La competencia de las entidades tiene su fuente en la Constitución y en la ley, y es reglamentada por las normas administrativas que de aquellas se derivan. 61.2 Toda entidad es competente para realizar las tareas materiales internas necesarias para el eficiente cumplimiento de su misión y objetivos, así como para la distribución de las atribuciones que se encuentren comprendidas dentro de su competencia”, dejando claramente precisado que las competencias solo pueden tener como base la Constitución y la Ley. Morón Urbina, comentando el art. 61 antes transcrito, precisa lo siguiente: “La norma tiene como objeto claro establecer una reserva legal para la creación de competencias administrativas. Es la Constitución y la ley orgánica, en el caso de los organismos constitucionalmente creados, y en los demás casos, la ley ordinaria, las únicas vías jurídicas para crear competencia a un organismo o entidad pública. La propia administración no puede crear organismos, ni puede asignarse competencias no establecidas en la ley. Cumpliendo su rol de desarrollo legal, las normas administrativas solo quedan habilitadas para reglamentar las competencias ya dadas por el legislador. Proceder de modo contrario sería favorecer la extensión de competencias por parte del propio ente administrador. Ahora bien, la norma expresa puede asignar las competencias de manera exclusiva (cuando se asigna a un solo órgano la facultad para dictar un acto) o de manera compartida con otro órgano, cuando en esa materia intervienen dos o más niveles de gobierno, que comparten fases sucesivas de los procesos implicados: planificar, normar, ejecutar, supervisar, etc.”⁽¹²⁵⁾.

En este punto, y a efectos de alcanzar una precisa interpretación de las competencias y funciones establecidas en la LOM, hacemos referencia al *impasse* suscitado con ocasión de la presentación de la autógrafa de la LOM por la Comisión de Gobiernos Locales, que fue observado por el Poder Ejecutivo, al encontrar deficiencias en la delimitación de competencias y funciones; y la respuesta de la mencionada Comisión, a partir de la que podemos inferir el espíritu del legislador y cómo desde su óptica prevé la aplicación de las competencias y funciones municipales (provinciales y distritales), ya en el terreno de los hechos.

El Poder Ejecutivo observa:

“1. La norma [se refiere a la autógrafa de Ley Orgánica de Municipalidades enviada al Poder Ejecutivo para su promulgación] **no define una distribución clara de competencias y funciones entre provincias y distritos**. Esta es una de las principales limitaciones de la ley vigente y la autógrafa cae en la misma tentación de detallar una muy larga lista de funciones específicas para cada nivel municipal, **sin definir primero el rol y las funciones generales que diferencia a los niveles provincial y distrital**. Es más introduce los conceptos de funciones ‘exclusivas’ y ‘compartidas’ que no están previstos en la Ley de Bases de la Descentralización (la cual aplica estas categorías a las competencias y no a las funciones). Incurrir también en superposiciones con funciones regionales y de determinados sectores nacionales” (resaltado nuestro).

La Comisión de Gobiernos Locales se ratifica bajo los siguientes argumentos:

(125) MORÓN URBINA, Juan Carlos. Ob. cit., p. 306.

“Estos comentarios son inexactos, producto de una visión sesgada y a veces malintencionada. (...) Sobre el particular es necesario tener en cuenta que en primer lugar es la Constitución la que establece las competencias de cada nivel de gobierno, las mismas que son desarrolladas en la Ley de Bases de la Descentralización. A su vez, en el caso de los Gobiernos Regionales, las competencias y funciones específicas están contenidas en la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales y en el caso de los Gobierno Locales, en la Ley Orgánica de Municipalidades.

En la autógrafa de la Ley Orgánica de Municipalidades se han desarrollado las competencias que establece la Ley de Bases de la Descentralización para los Gobiernos locales, **desagregándolas en funciones específicas y distribuyéndolas de acuerdo a cada materia, entre las municipalidades provinciales y distritales**. Es decir, existe una distribución clara de competencias y funciones entre las municipalidades, superando un problema que tiene la ley vigente.

Adicionalmente, se ha incorporado en la nueva LOM hasta **siete mecanismos que sirven para dilucidar los improbables problemas que pudieran surgir respecto a la interpretación y alcance de las competencias y funciones municipales**; lo que la hace imposible que pueda existir algún nivel de desconcierto sobre el particular entre las municipalidades y entre estas y otros niveles de gobierno.

Por ejemplo, en **mérito al principio de subsidiariedad** consagrado en el título preliminar (...), si existe duda respecto a quien ejecuta una función, la ejercerá aquella municipalidad que esté más cerca de la población que se beneficiaría con el ejercicio de la función o competencia. Asimismo, se establece que **las municipalidades ejercen una función promotora, normativa y reguladora, así como las de ejecución y de fiscalización y control, en las materias de su competencia**; por tanto esta norma, contenida también en la Ley de Bases de la Descentralización, servirá para aclarar y dilucidar las líneas de gestión del nivel de gobierno local. El mismo título preliminar de la autógrafa de la LOM señala que el gobierno en todos sus niveles se ejerce dentro de su jurisdicción, con **criterio de concurrencia y preeminencia del interés público**, por tanto en caso de duda primarán los referidos criterios.

Tratándose de competencias y funciones municipales compartidas con otros niveles de gobierno, la autógrafa de la Ley establece **la obligación de las municipalidades de informar y hacer las coordinaciones con las entidades que compartan competencias y funciones, antes de ejercerlas**; con lo cual se evitará conflictos de competencia con otros niveles de gobierno.

En el caso de que se considere que las municipalidades van a ejercer sus funciones específicas al margen de lo dispuesto en alguna norma general de alcance nacional, el mismo título preliminar establece **la sujeción de las municipalidades a las disposiciones que de manera general regulan las actividades y funcionamiento del Sector Público, así como a las normas técnicas referidas a servicios y bienes públicos, las que son de observancia obligatoria**. Por otro lado, tampoco es posible que en el ejercicio de sus competencias y funciones las municipalidades elaboren y ejecuten sus planes de desarrollo al margen de las políticas y planes nacionales y regionales, porque lo prohíbe expresamente el Título Preliminar.

Por último, en el caso improbable que aún con todos estos mecanismos de seguridad no se pudiera dilucidar los alcances de una competencia o función deviniendo un conflicto de competencia, la LOM establece que los conflictos de competencia que se generen entre el gobierno nacional y los gobiernos regionales o los gobiernos locales, y entre estos últimos en forma indistinta, se resuelven ante el Tribunal Constitucional; mecanismos previstos también en la Ley de Bases de la Descentralización.

Respecto a las competencias y funciones específicas municipales es necesario aclarar que las competencias están contenidas en la Ley de Bases de la Descentralización, detallando cuáles de ellas son exclusivas y cuáles compartidas. La autógrafa de la ley lo que hace es clasificar las competencias por materias y luego, conforme a lo que establece el literal a) del artículo 5 de la Ley de Bases de la Descentralización, hacer una 'distribución clara y precisa de funciones entre los niveles de gobierno local'. Como se podrá apreciar, la autógrafa de la LOM ha establecidos reglas claras que impedirán que existan cruces en las competencias, por tanto debemos dejar de lado los equívocos que han venido comentando en torno a una ley de vital importancia para el desarrollo del proceso de descentralización (...). Por las consideraciones expuestas y teniendo en cuenta la inexactitud e imprecisión de la observación, **la Comisión de Gobiernos Locales acuerda insistir con su texto**" (resaltado nuestro).

Sin embargo, más allá del buen ánimo de la Comisión de Gobiernos Locales, lo cierto es que no existen reglas claras y muchas veces se presenten contradicciones entre los gobiernos locales y entre estos y los gobiernos regionales, por lo se debe resaltar los mecanismos de interpretación a la que la comisión hace referencia.

Principios en materia de competencia municipal establecidos por el Tribunal Constitucional

- Con fecha 19 de enero de 2012, el Presidente de la República, debidamente representado por el Ministro de Energía y Minas, interpone demanda de inconstitucionalidad contra la Ordenanza N° 012-2012-MPC, expedida por la Municipalidad Provincial de Cañete, mediante la que se establecen –para la provincia de Cañete– parámetros mínimos para los establecimientos de venta al público de gas natural vehicular, gas licuado de petróleo para uso automotor –gasocentro– y combustibles líquidos derivados de hidrocarburos. Fundamenta que ninguno de los incisos del artículo 195 de la Constitución, los artículos 42 y 43 de la Ley N° 27783 - Ley de Bases de la Descentralización, y los artículos 73 y 78 al 87 de la LOM, faculta a los gobiernos locales a regular actividades relacionadas con hidrocarburos.

Por su parte, la municipalidad demandada manifiesta que la facultad reguladora en materia de hidrocarburos también es competencia de las municipalidades provinciales, en el ámbito de su jurisdicción, pues si bien aquella no se encuentra expresamente prevista en la LOM, sin embargo, nada impide su realización conforme a ley y a las prerrogativas que la Constitución reserva a los gobiernos locales. Por lo demás, alega que la Ordenanza que se cuestiona no colisiona con las normas en materia de hidrocarburos que ha expedido el Poder Ejecutivo, debido a que son similares y no contradictorias, más aún si se toma en cuenta que en defecto de la regulación local, resultaría aplicable la normativa nacional.

En este marco, mediante STC Exp. N° 0004-2012-AI, al declarar fundada la demanda, el TC ha establecido un criterio de identificación de una competencia municipal, con base en el principio de taxatividad, consistente en:

“5. La cuestión de si la Ordenanza N° 012-2010-MPC es inconstitucional o no, por disciplinar una materia que no es de su competencia, ha de resolverse, naturalmente, a partir de la regulación que la Constitución y el bloque de constitucionalidad efectúan en materia de comercialización de productos derivados de los hidrocarburos. En concreto, ha de determinarse desde la Constitución y el bloque de constitucionalidad si una fuente del derecho municipal, como es la ordenanza municipal, cuenta con competencia para legislar en materia de requisitos mínimos que deben cumplir los establecimientos de venta al público de gas natural vehicular, gas licuado de petróleo para uso automotor –gasocentro– y combustibles líquidos derivados de hidrocarburos en la Provincia de Cañete.

6. Así las cosas, el Tribunal recuerda que ya desde la STC Exp. N° 0020-2005-PI/TC tuvo oportunidad de precisar que en el marco de un Estado unitario y descentralizado mediante la regionalización, la identificación de si una competencia determinada corresponde al Gobierno Nacional o al Gobierno Regional o al Gobierno Local, no se determina necesariamente a partir de lo que la Constitución y el bloque de constitucionalidad hayan establecido a favor del primero de ellos [Gobierno Nacional], sino a la inversa, es decir, a partir de lo que la Ley Fundamental y, en su caso, el bloque de constitucionalidad hayan conferido a los Gobiernos Regionales o Locales; puesto que si la titularidad de una competencia o atribución no se encontrase ‘claramente definida por el bloque de constitucionalidad’ [fundamento 46], tal competencia o atribución ha de entenderse como que corresponde al Gobierno Nacional.

7. Ello era consecuencia, como se recordó también en la STC Exp. N° 0002-2005-PI/TC, del hecho que en el ordenamiento constitucional peruano,

‘(...) las competencias regionales [y municipales] solo serán aquellas que explícitamente estén consagradas en la Constitución y en las leyes de desarrollo de descentralización, de modo que lo que no esté señalado en ellas, corresponde a la competencia exclusiva del Gobierno Central’ [fundamento 48],

pues en un modelo de distribución horizontal del poder como el que se ha institucionalizado entre nosotros, los gobiernos regionales y municipales ‘(...) no tienen más competencias que aquellas que la Constitución y las leyes orgánicas les hayan concedido. En otras palabras, los gobiernos regionales se encuentran sometidos al principio de taxatividad, de modo tal que aquellas competencias que no les han sido conferidas expresamente, corresponden al Gobierno Nacional (cláusula de residualidad)’ [STC Exp. N° 0020-2005-PI/TC, fundamento].

8. Este ‘principio de taxatividad’, es un principio constitucional implícito, cuya fuente de reconocimiento se encuentra en el artículo 189 de la Constitución, al establecer que la organización de los gobiernos nacional, regional y local, dentro de sus determinadas circunscripciones, deba realizarse conforme a la Constitución y a la ley, ‘preservando la unidad e integridad del Estado y la Nación’.

En suma, lo que no esté expresamente regulado como competencia o función de un gobierno local, corresponderá al gobierno nacional, en aplicación del principio de taxatividad. Competencia o función que, además, deberá ejercerse en los términos que le otorga la ley, de conformidad con el principio de vinculación positiva, antes referido.

- Al resolver la demanda de inconstitucionalidad contra las Ordenanzas Municipales N°s 004-2004-MPC y 004-2005-MPC, expedidas por la Municipalidad Provincial de Cajatambo; 015-2004-A-MPY, expedida por la Municipalidad Provincial de Yauyos; y 038-MPC, expedida por la Municipalidad Provincial de Canta; alegando que dichas normas vulneran los artículos 43 y 118, incisos 1), 2) y 8) de la Constitución; que menoscaban la política nacional del sector transportes y comunicaciones, al inaplicar normas que le otorgan al gobierno nacional la competencia en la emisión de licencias de conducir, expedición de tarjetas de propiedad, placas de rodaje e inscripción administrativa de propiedad de los vehículos menores, el TC en el Exp. N° 00006-2010-PI/TC, estableció lo siguiente:

“16. La estructura y principios conformantes del mencionado test han sido desarrollados por este Tribunal en la STC N° 0020 y 0021-2005-PI/TC (fundamentos 32 al 79), los cuales, a efectos de su correcta aplicación al presente caso, se expondrán sucintamente en las siguientes líneas:

- a) **Principio de unidad.**- De acuerdo con este principio, el Estado peruano se configura como uno unitario y descentralizado (artículo 43 de la Constitución), esto es, un Estado en el cual los Gobiernos Regionales y Locales no solo tienen autonomía administrativa, sino también económica y, lo que es más importante, autonomía política; por tanto, sus órganos son elegidos por sufragio directo (artículo 191 de la Constitución) y tienen la capacidad de dictar normas con rango de ley (artículos 192.6 y 200.4 de la Constitución).

La garantía institucional de la autonomía municipal, sin embargo, no puede contraponerse, en ningún caso, al principio de unidad del Estado, porque si bien este da vida a subordinamientos que resultan necesarios para obtener la integración política de las comunidades locales en el Estado, estos no deben contravenir el ordenamiento general.

El principio de unidad, a su vez, se subdivide en los otros siguientes principios:

- **Principio de cooperación y lealtad nacional y regional.**- Según este principio, el carácter descentralizado del Estado peruano no es incompatible con la configuración del Estado unitario, toda vez que si bien ello supone el establecimiento de órganos de poder territorialmente delimitados, a los cuales se les dota de autonomía política, económica y administrativa, su ejercicio debe realizarse dentro del marco constitucional y legal que regula el reparto competencial de los gobiernos regionales y municipales. Por esta razón, de este principio se derivan deberes concretos para ambos niveles de gobierno.

Así, mientras el Gobierno nacional debe cumplir el **principio de lealtad municipal** y, por consiguiente, cooperar y colaborar con los Gobiernos Municipales, estos deben observar a su vez el principio de lealtad nacional, esto es, no pueden dictar normas que se encuentren en contradicción con los intereses nacionales que se derivan de la Constitución.

- **Principio de taxatividad y cláusula de residualidad.**- Si bien esta cláusula no ha sido expresamente reconocida en la Constitución, se entiende que lo está tácitamente en el inciso 10 del artículo 192. Por tanto, las competencias municipales solo serán aquellas que explícitamente estén consagradas en la Constitución y en las leyes de desarrollo constitucional, de modo que lo que no esté expresamente señalado en ellas, será de competencia exclusiva del Gobierno Nacional.

b) Principio de competencia.- Este principio se encuentra conformado, a su vez, por los siguientes principios:

- **Distribución de competencias.**- En este punto, se parte de la premisa de que, en el Estado unitario y descentralizado, la potestad normativa está distribuida entre órganos nacionales, regionales y locales, de modo que la autonomía político-normativa de los gobiernos municipales conlleva la facultad de crear derecho, y no solo de aplicarlo.

Ahora bien, la creación de gobiernos municipales con competencias normativas comporta la introducción de tantos subsistemas normativos como gobiernos municipales existan al interior del ordenamiento jurídico peruano, contexto en el cual, la articulación de estos niveles no puede efectuarse bajo los alcances del principio de jerarquía, sino conforme al principio de competencia.

- **El bloque de constitucionalidad de las ordenanzas municipales.**- En el bloque de constitucionalidad de las ordenanzas municipales, cuentan tanto las leyes orgánicas que desarrollan el régimen constitucional de los Gobiernos Municipales, así como también aquellas otras leyes que tengan relación con esta materia.

- La integración en el bloque de las leyes orgánicas.- En esencia, estas leyes son la Ley de Bases de la Descentralización (Ley N° 27783) y la Ley Orgánica de Municipalidades (Ley N° 27792). En este punto, cabe recordar que la primera de estas leyes establece, en su artículo (...), que las competencias de los Gobiernos Municipales pueden ser exclusivas, compartidas o delegadas.

De este modo, es posible afirmar que la validez constitucional de las ordenanzas municipales se encuentra sujeta al respeto del marco normativo establecido en ambas Leyes Orgánicas, por lo que, conforme se señaló supra, forman parte del parámetro de control constitucional⁽¹²⁶⁾.

- La integración en el bloque de otras normas legales.- La apertura de este bloque a otras normas, sean estas leyes orgánicas o simples leyes estatales o decretos legislativos, depende del tipo de materias que hayan sido reguladas por una Ordenanza Municipal y, en particular, de la clase de competencia de que se trate (exclusiva, compartida o delegable).

c) Principio de efecto útil y poderes implícitos.- Según este criterio, cada vez que una norma (constitucional o legal) confiere una competencia a los

(126) Para mayor información sobre el Bloque de Constitucionalidad, se puede revisar nuestros comentarios al art. 1 de la LOM.

Gobiernos Municipales, debe entenderse que esta contiene normas implícitas de subcompetencia para **reglamentar** la norma legal, sin las cuales el ejercicio de la competencia conferida carecería de toda eficacia práctica o utilidad.

- d) Principio de progresividad en la asignación de competencias y transferencias de recursos.**- Según este principio, se entiende que el proceso de descentralización del poder estatal no es un acto acabado o definitivo, pues se realiza por etapas, en forma progresiva y ordenada, conforme a lo dispuesto en el artículo 188 de la Constitución.

(...)

20. Al respecto, es importante aclarar que este Tribunal Constitucional no niega que las municipalidades provinciales tengan la facultad de invocar la inconstitucionalidad de una determinada ley o decreto supremo que, a su criterio, pueda afectar sus competencias. De hecho, no debe olvidarse que, según el artículo 203 inciso 6 de la Constitución, los alcaldes provinciales cuentan con legitimación para interponer la acción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 200 inciso 4 de la Constitución. Asimismo, conforme a lo dispuesto en el artículo 84 del Código Procesal Constitucional, cualquier persona puede interponer una acción popular contra los reglamentos, por infracción de la ley o de la Constitución.

21. Sin embargo, lo que en modo alguno puede aceptarse es que dichas municipalidades provinciales se atribuyan a sí mismas la competencia para declarar la inaplicabilidad de una norma de alcance general en sus respectivas circunscripciones, so pretexto de que estas infringen la Constitución o la ley. En este punto, el Tribunal Constitucional debe recordar su reiterada línea jurisprudencial en el sentido de que este Colegiado ostenta el **monopolio de rechazo** de las normas con rango de ley en nuestro ordenamiento jurídico, no pudiendo interpretarse en ningún caso que los gobiernos locales ostentan una competencia similar a la mencionada.

22. En definitiva, el Tribunal Constitucional concluye que, al ordenar la inaplicación de normas de alcance general en sus respectivas circunscripciones (vale decir, la Ley N° 28325 y el Decreto Supremo N° 015-2005-MTC), las ordenanzas municipales cuestionadas han vulnerado el principio de lealtad nacional, el cual se encuentra comprendido dentro del principio de unidad del Estado.

23. En segundo lugar, es preciso también acudir, para la resolución de la presente controversia, al análisis del **principio de taxatividad y cláusula de residualidad**, como criterio derivado del principio de unidad del Estado. En este temperamento, el Tribunal Constitucional considera que la competencia exclusiva que tienen las municipalidades provinciales en materia de regulación de vehículos menores está referida únicamente a la **circulación** de dichos medios de transporte, lo que consecuentemente les otorga competencias para otorgar **licencias de operación y licencias de conducir** en sus respectivas jurisdicciones. Esta, y no otra, es la conclusión que puede derivarse de una lectura integral de las normas integrantes del bloque de constitucionalidad, anteriormente glosadas.

24. Sin embargo, con el mismo énfasis este Tribunal debe dejar claro que cuestiones tales como la **inscripción administrativa** de tales vehículos, y como consecuencia de ello, la competencia para emitir **tarjetas de propiedad**

y **placas de rodaje**, no forman parte de la aludida competencia exclusiva, en la medida en que tales asuntos no guardan relación alguna con la ordenación del transporte público en las comunas provinciales, que es lo que se deriva del sentido de las normas integrantes del bloque de constitucionalidad. En cualquier caso, es también claro para este Tribunal que el principio de taxatividad y residualidad en materia de competencias municipales, conlleva asumir igualmente una interpretación taxativa de dichas competencias (más aún cuando estas son exclusivas), evitando en lo posible una lectura demasiado amplia que pueda interferir en los asuntos propios del Gobierno Nacional”.

Todos estos criterios deben servir de guía a las municipalidades al momento de interpretar, determinar o ejecutar las competencias y funciones establecidas en la Constitución, la Ley de Bases de la Descentralización, la Ley Orgánica de Municipalidades o cualquier otra norma que se integre al bloque de constitucionalidad. Es vital también tenerlos en cuenta al momento de defender las competencias frente a la posible injerencia del gobierno central u otros órganos del Estado.

ARTÍCULO 74.- FUNCIONES ESPECÍFICAS MUNICIPALES

Las municipalidades ejercen, de manera exclusiva o compartida, una función promotora, normativa y reguladora, así como las de ejecución y de fiscalización y control, en las materias de su competencia, conforme a la presente ley y la Ley de Bases de la Descentralización.

CONCORDANCIAS:

Const. Art. 195
Ley N° 27972 Arts. 31, 80
Ley N° 27783 Arts. 42, 43, 44



COMENTARIO

El antecedente directo de este artículo lo constituye el art. 44 de la Ley de Bases, que establece: “Las competencias municipales señaladas en los artículos precedentes **[se refiere a las competencias exclusivas y compartidas de sus arts. 42 y 43]**, se distribuyen en la Ley Orgánica de Municipalidades, según la jurisdicción provincial o distrital, precisando los niveles y funciones en cuanto a normatividad, regulación, administración, ejecución, promoción, supervisión y control”, concordante con el art. 5 inc. a) de la misma ley, que señala: “Se debe tener una distribución clara y precisa de funciones entre los niveles de gobierno nacional, regional y local, con el fin de determinar la responsabilidad administrativa y funcional en la provisión de servicios de cada uno de ellos, así como propiciar e incentivar la rendición de cuentas de los gobernantes”.

Dichos artículos de la Ley de Bases constituyen, además, la fuente del criterio asumido por el legislador de la LOM para dividir las funciones en exclusivas y compartidas, a diferencia de aquella que le otorga ese carácter a las competencias y no a las funciones.

Este artículo establece los tipos de funciones que ejercen las municipalidades, que son función promotora, normativa, reguladora, de ejecución y de fiscalización.

ARTÍCULO 75.- EJERCICIO DE LAS COMPETENCIAS Y FUNCIONES

Ninguna persona o autoridad puede ejercer las funciones específicas que son de competencia municipal exclusiva. Su ejercicio constituye usurpación de funciones.

Las normas municipales en las materias establecidas en la presente ley, que estén en concordancia con las normas técnicas de carácter nacional, son de cumplimiento obligatorio por los ciudadanos y las autoridades nacionales y regionales respectivas.

Sólo por ley expresa y con las mismas formalidades exigidas para la aprobación de la presente ley, se establecen regímenes especiales transitorios por los cuales otros organismos públicos pueden ejercer competencias que son exclusivas de las municipalidades. El régimen especial transitorio debe tener un plazo determinado.

Las municipalidades están obligadas a informar y realizar coordinaciones con las entidades con las que compartan competencias y funciones, antes de ejercerlas.

CONCORDANCIAS:

Const. Arts. 194, 195
Ley N° 27972 Arts. VIII, 38, 73, 76



COMENTARIO

Lo que regula el presente artículo es lo que la doctrina **denomina garantía institucional de la autonomía municipal**, en relación con sus competencias exclusivas o propias, respecto de las cuales ninguna persona o autoridad puede ejercer las funciones específicas exclusivas que señala la Constitución, la Ley de Bases de la Descentralización, la LOM y otras normas que las desarrollan. Su ejercicio irregular configura el delito de usurpación de funciones.

La garantía institucional de la autonomía municipal, tiene como base el art. 194 de la Constitución que señala que: “las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno local. Tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia”.

El art. 195 señala la función general de las municipalidades (“promueven el desarrollo y la economía local, y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo”) y las competencias que le son propias o exclusivas.

Contenido de la garantía institucional de la autonomía municipal

Sobre este tema, el Tribunal Constitucional ha establecido, Exp. N° 010-2001-AI/TC:

“4. La autonomía municipal constituye, en esencia, una **garantía institucional**, esto es, un instituto constitucionalmente protegido que, por su propia naturaleza, impide que el legislador pueda desconocerla, vaciarla de contenido o suprimirla; protege a la institución de los excesos que pudieran cometerse en el ejercicio de la función legislativa, y persigue asegurar que, en su tratamiento jurídico, sus rasgos básicos o su identidad no sean trastocados de forma que la conviertan en impracticable o irreconocible. La autonomía municipal supone capacidad de autodesarrollo en lo administrativo, político y económico de las municipalidades, sean estas provinciales o distritales.

Ciertamente, la garantía de la autonomía municipal no impide que el legislador nacional pueda regular su régimen jurídico, siempre que, al hacerlo, se respete su contenido esencial. En este contexto, respetar el contenido esencial de la institución constitucionalmente garantizada quiere decir no sujetar o condicionar la capacidad de autodesarrollo pleno de los gobiernos locales a relaciones que se puedan presentar como injustificadas o irrazonables.

Por consiguiente, ha de tratarse de relaciones que sean, en lo fundamental, de coordinación y, solo excepcionalmente, de subordinación, en aquellos casos en que la Constitución expresamente lo permita, a fin de que la capacidad de autodesarrollo no termine vaciada de contenido. Autonomía no significa autarquía; por ello, cuando a un órgano se le reconoce tal garantía institucional, se le impone implícitamente que dicha capacidad de autodesarrollo y administración deba realizarse dentro del ordenamiento jurídico y, en particular, dentro de los límites constitucionalmente establecidos. Y es que la capacidad de autogobierno, esto es, el desarrollo con libertad y discrecionalidad, no significa dejar de pertenecer a una estructura general de la cual se forma parte en todo momento, que está representada por el Estado y por el ordenamiento jurídico que lo rige. Por su propia naturaleza, la autonomía hace referencia a un poder limitado, en el que se ejercita un conjunto de atribuciones, pero respetando el principio de unidad del Estado, al que se refiere el segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución”.

Si bien en la cita anterior, el TC desarrolla la garantía institucional como protección de la autonomía respecto del legislador; posteriormente ha ampliado el criterio, en la STC Exp. N° 003-2013-AI/TC, señalando que:

“7. Por ello, frente a la diversidad de significados y contenidos de la **garantía institucional de la autonomía municipal**, deben tenerse en consideración, principalmente, los siguientes: a) contenido subjetivo u organizativo de la autonomía: la existencia de las municipalidades; b) contenido objetivo o sustantivo de la autonomía, esto es, la autonomía como garantía de la gestión de los asuntos que interesen a la comunidad local, y c) contenido institucional de la autonomía, que hace referencia a la posición de las municipalidades en el desempeño de sus funciones, es decir, la autonomía como ejercicio bajo la propia responsabilidad del ámbito de funciones públicas confiado por el legislador, con lo que se alude a cierto grado de libertad e independencia que caracteriza la posición de la actuación de las municipalidades frente a injerencias de instancias superiores [FAULO LORAS, Antonio. *Fundamentos constitucionales de la autonomía local*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 256-257]”.

En suma, la garantía institucional de la autonomía municipal, constituye una protección constitucional respecto de la existencia de las municipalidades (en cuanto forman parte de la organización territorial del Estado), de la gestión de sus asuntos y del desempeño de sus funciones.

Forma de interpretar la garantía institucional

Siempre siguiendo al TC (Exp. N° 003-2003-AI/TC, Exp. N° 00008-2010-AI/TC, Exp. N° 0010-2001-AI/TC, Exp. N° 004-1996-AI/TC), al momento de ejercer la defensa de las competencias municipales, es necesario tener en cuenta los siguientes criterios:

- En consecuencia, nos encontramos ante la presencia de atribuciones de naturaleza indisponible e irrenunciables otorgadas por el propio constituyente a los gobiernos locales. Por lo tanto, no cabe discusión por parte de autoridad o persona alguna que pretenda cuestionar dichas competencias, a no ser que estas sean ejercidas sin contemplar el marco normativo constitucional, trasgrediendo las demás leyes y vulnerando la vigencia efectiva de los derechos fundamentales.
- Los gobiernos locales ejercen descentralizadamente el poder del Estado en las distintas provincias y distritos del país, orientados por los intereses y necesidades particulares de los vecinos. La **ley fundamental**, así como las normas de rango legal que desarrollan los preceptos constitucionales aplicables a la materia, establecen expresamente cuáles son sus atribuciones y competencias, las mismas que serán ejercidas dentro del ámbito territorial previamente delimitado por el Congreso de la República.
- Si bien los gobiernos regionales, locales, provinciales y distritales gozan de autonomía no pueden olvidar que forman parte de un Estado Constitucional, de modo tal que en virtud al principio de fuerza normativa de la Constitución se encuentran directamente vinculados a ella y, en consecuencia, las decisiones, el ejercicio de sus competencias y el desarrollo de sus relaciones necesariamente deberán respetar las reglas inherentes al principio de lealtad constitucional. (...) no supone, por otro lado, 'autarquía funcional' al extremo de que cualquiera de sus competencias pueda desvincularse del sistema político o del orden jurídico en el que se encuentra inmerso cada gobierno municipal. Por lo tanto, no porque un órgano es autónomo deja de pertenecer al Estado ya que sigue formando parte de él y en ese sentido no puede apartarse del sistema jurídico y político que le sirve de fundamento a este y, por supuesto, a aquel.
- La autonomía municipal supone capacidad de autodesenvolvimiento en lo administrativo, político y económico de las municipalidades, sean estas provinciales o distritales. Ciertamente, la garantía de la autonomía municipal no impide que el legislador nacional pueda regular su régimen jurídico, siempre que, al hacerlo, se respete su contenido esencial. En este contexto, respetar el contenido esencial de la institución constitucionalmente garantizada quiere decir no sujetar o condicionar la capacidad de autodesenvolvimiento pleno de los gobiernos locales a relaciones que se puedan presentar como injustificadas o irrazonables”.

Notas con respecto a las competencias compartidas

La última parte del artículo que comentamos se refiere a las competencias compartidas, señalando que las municipalidades están obligadas a informar y realizar coordinaciones con las entidades con las que compartan competencias y funciones, **antes de ejercerlas**. Subrayamos el plazo de previsión que señala la norma, para efecto de realzar la importancia de comunicar y coordinar con otros entes, como requisito previo, cuando se trata de tomar acciones que podrían afectar competencias de otros órganos o producir efectos en áreas fuera de su jurisdicción territorial.

Finalmente, para aplicación de este artículo es imprescindible concordarlo con lo preceptuado en el art. 38 de la LOM: “El ordenamiento jurídico de las municipalidades está constituido por las normas emitidas por los órganos de gobierno y administración

municipal, de acuerdo al ordenamiento jurídico nacional. Las normas y disposiciones municipales se rigen por los principios de exclusividad, territorialidad, legalidad y simplificación administrativa, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del derecho administrativo. **Ninguna autoridad puede avocarse a conocer o normar las materias que la presente ley orgánica establece como competencia exclusiva de las municipalidades.** Las autoridades políticas, administrativas y policiales, ajenas al gobierno local, tienen la obligación de reconocer y respetar la preeminencia de la autoridad municipal en los asuntos de su competencia y en todo acto o ceremonia oficial realizada dentro de su circunscripción. Dichas autoridades no pueden interferir en el cumplimiento de las normas y disposiciones municipales que se expidan con arreglo al presente subcapítulo, bajo responsabilidad”.

ARTÍCULO 76.- DELEGACIÓN DE COMPETENCIAS Y FUNCIONES ESPECÍFICAS

Las municipalidades pueden delegar, entre ellas o a otras entidades del Estado, las competencias y funciones específicas exclusivas establecidas en la presente ley, en los casos en que se justifique la necesidad de brindar a los vecinos un servicio oportuno y eficiente, o por economías de escala.

Los convenios establecen la modalidad y el tiempo de la delegación, así como las condiciones y causales para su revocación.

Los convenios en materia tributaria se rigen por ley especial.

La responsabilidad es indelegable.

CONCORDANCIAS:

Ley Nº 27972 Arts. 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86

Ley Nº 27444 Arts. 67, 70



COMENTARIO

Este artículo regula la delegación de competencias y funciones entre municipalidades, o entre estas y otros organismos del Estado. Las competencias y funciones que pueden ser materia de delegación son por supuesto las específicas exclusivas o propias de los gobiernos locales.

Morón Urbina, define que: “La delegación, es una técnica de transferencia de competencias, autorizada por ley, en virtud del cual un órgano denominado delegante se desprende de una parte de las competencias que tiene atribuida y la transfiere a otro órgano –delegatario– al cual esa competencia no le había sido asignada. Por ello se dota al órgano receptor de facultades decisivas que serán ejercidas en exclusiva, en tanto no sean revocadas o avocadas por el superior. (...) la transferencia de competencias no es absoluta sino relativa, puesto que el delegante mantiene algunas potestades aun operada la delegación”⁽¹²⁷⁾.

(127) MORÓN URBINA, Juan Carlos. Ob. cit., p. 319.

Para la aplicación de este artículo debe necesariamente tenerse en cuenta lo dispuesto por el art. 67 de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, que señala:

“67.1 Las entidades pueden delegar el ejercicio de competencia conferida a sus órganos en otras entidades cuando existan circunstancias de índole técnica, económica, social o territorial que lo hagan conveniente.

67.2 Son indelegables las atribuciones esenciales del órgano que justifican su existencia, las atribuciones para emitir normas generales, para resolver recursos administrativos en los órganos que hayan dictado los actos objeto de recurso, y las atribuciones a su vez recibidas en delegación.

67.3 Mientras dure la delegación, no podrá el delegante ejercer la competencia que hubiese delegado, salvo los supuestos en que la ley permite la avocación.

67.4 Los actos administrativos emitidos por delegación indican expresamente esta circunstancia y son considerados emitidos por la entidad delegante.

67.5 La delegación se extingue: a) Por revocación o avocación, b) Por el cumplimiento del plazo o la condición previstos en el acto de delegación”.

De la conjunción de ambos artículos (art. 76 de la LOM y art. 67 la Ley N° 27444) podemos extraer los siguientes componentes y requisitos para la procedencia de la delegación de facultades:

1. Solo pueden ser materia de delegación las competencias y funciones específicas exclusivas que la ley les reconoce a las municipalidades.
2. El instrumento normativo de la delegación es el convenio, el que debe ser aprobado por el concejo municipal, a tenor del inc. 26 del art. 9 de la LOM. El convenio debe establecer la modalidad⁽¹²⁸⁾, el tiempo de la delegación, las condiciones y causales para su revocación.
3. La delegación tiene que obedecer a causas concretas, expresamente señaladas en el documento, que tengan como finalidad brindar un servicio oportuno y eficiente (es decir, que busquen una mejora sustancial del servicio) o por economías de escala. Con respecto a la causa, la Ley del Procedimiento Administrativo General, habla de circunstancias de índole técnica, económica, social o territorial que lo hagan conveniente. Sin embargo, a tenor de la LOM no existe una causa reglada, sino que cualquier circunstancia puede ameritar una delegación siempre que el objeto sea una mejora del servicio respecto del que prestaría directamente la entidad delegante.
4. La delegación se extingue por revocación, avocación, cumplimiento del plazo o condición prevista en el documento.

(128) La modalidad debe entenderse en los términos que señala el art. 2 de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, “Modalidades del Acto Administrativo: 2.1 Cuando una ley lo autorice, la autoridad, mediante decisión expresa, puede someter el acto administrativo a condición, término o modo, siempre que dichos elementos incorporables al acto, sean compatibles con el ordenamiento legal, o cuando se trate de asegurar con ellos el cumplimiento del fin público que persigue el acto. 2.2 Una modalidad accesoria no puede ser aplicada contra el fin perseguido por el acto administrativo”.

5. Son materias indelegables: a) las atribuciones esenciales del órgano que justifican su existencia; b) las atribuciones para emitir normas generales; c) las atribuciones para resolver recursos administrativos en los órganos que hayan dictado los actos objeto de recurso; y d) las atribuciones a su vez recibidas en delegación.

Asimismo, debe tenerse en cuenta el art. 70 de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, que establece una obligación para las entidades, bajo el rubro **Disposición común a la delegación y avocación de competencia**, señalando que: "Todo cambio de competencia debe ser temporal, motivado, y estar su contenido referido a una serie de actos o procedimientos señalados en el acto que lo origina. La decisión que se disponga deberá ser notificada a los administrados comprendidos en el procedimiento en curso con anterioridad a la resolución que se dicte".

El doctor Morón Urbina disgrega estos requisitos señalando que la delegación o avocación de competencia, requiere de cuatro exigencias: "Temporalidad, por la cual ninguna transferencia de competencia puede ser permanente ni indeterminada, sino debe estar sujeta a un término fijo para asegurar la previsibilidad en el accionar de la Administración Pública. Motivado, la segunda exigencia es que el acto que establezca la avocación o delegación, deba fundamentarse en las causales establecidas en la Ley en los artículos 67 y 69 de la Ley N° 27444 para su procedencia. La autoridad debe argumentar y convencer que si acuerda la delegación es porque existen circunstancias de índole técnica, económica, social o territorial, que lo hagan aconsejable; o si acuerda la avocación, deba responder a la materia de que se trate o en la estructura de cada entidad. **Generalidad: referirse a una serie de actos o procedimientos**, como la transferencia de competencia es una figura prevista en función del servicio público y, no de la situación particular de los administrados, la norma establece que tal disposición debe referirse a una serie de actos o procedimientos y no a casos específicos. Esta misma norma proscribire que la transferencia de competencias sirva para dar preferencias, privilegios o generar discriminaciones entre los asuntos y administrados. **Comunicación a los administrados**, la transferencia de competencias no es un fenómeno de trascendencia meramente interna, sino con importantes proyecciones en el estatuto del administrado. Por ello, se constituye en una exigencia a favor del administrado, que la decisión de transferir la competencia se notifique a los interesados en los expedientes en curso afectos a esta decisión"⁽¹²⁹⁾.

ARTÍCULO 77.- AVOCACIÓN

Las municipalidades distritales, ante la falta de cobertura o imposibilidad temporal de prestar algún servicio público de su competencia, pueden solicitar de manera excepcional a la municipalidad provincial, cubrir de manera temporal la demanda de dicho servicio público. El servicio cubierto no deberá afectar la calidad ni el costo del servicio de la municipalidad demandante.

El concejo provincial o la asamblea metropolitana, según sea el caso, determinan la procedencia o no procedencia de la demanda y las condiciones, tiempo y modo en que

(129) MORÓN URBINA. Ob. cit., pp. 322 y 323.

se ejercerá la competencia por la municipalidad demandada. La resolución puede ser objeto de recurso de reconsideración.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Art. 38

Ley N° 27444 Arts. 67, 69, 70

 **COMENTARIO**

La avocación es una institución de excepción a la autonomía municipal, según la cual cada gobierno local es el único competente para la prestación de un servicio público dentro de su jurisdicción.

Por la avocación, una Municipalidad Provincial asume la prestación de un servicio determinado de competencia de una Municipalidad Distrital. Aclara Miguel S. Marienhof que “la avocación de toda decisión administrativa, requiere inexcusablemente un fundamento ético, lo que significa que su procedencia requiere motivo fundado”⁽¹³⁰⁾.

Son requisitos para la avocación:

- a) Falta de cobertura o imposibilidad temporal de prestar algún servicio público de competencia distrital.
- b) Solicitud de la Municipalidad Distrital a la Municipalidad Provincial, la que debe estar autorizada por el concejo distrital correspondiente.
- c) Acuerdo del Concejo provincial aprobando la solicitud de la distrital.
- d) Que el servicio cubierto no afecte la calidad ni el costo del servicio de la municipalidad distrital.

Asimismo, debe tenerse en cuenta el art. 70 de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, establece una obligación para las entidades, bajo el rubro **Disposición común a la delegación y avocación de competencia**, señalando que: “Todo cambio de competencia debe ser temporal, motivado, y estar su contenido referido a una serie de actos o procedimientos señalados en el acto que lo origina. La decisión que se disponga deberá ser notificada a los administrados comprendidos en el procedimiento en curso con anterioridad a la resolución que se dicte”.

El doctor Morón Urbina disgrega estos requisitos señalando que la delegación o avocación de competencia, requiere de cuatro exigencias: “**Temporalidad**, por la cual ninguna transferencia de competencia puede ser permanente ni indeterminada, sino debe estar sujeta a un término fijo para asegurar la previsibilidad en el accionar de la Administración Pública. **Motivado**. La segunda exigencia es que el acto que establezca la avocación o delegación, deba fundamentarse en las causales establecidas en la Ley en los artículos 67 y 69 de la Ley N° 27444 para su procedencia. La autoridad debe argumentar y convencer que si acuerda la delegación es porque existen circunstancias de índole técnica, económica, social o territorial, que lo hagan aconsejable; o si

(130) Cit. Por RODRÍGUEZ HUERTAS, Olivio A. *Avocación y delegación de competencias*. En: <www.enel.net/gacetajudicial/1999/67/derecho_administrativo.htm>.

acuerda la avocación, deba responder a la materia de que se trate o en la estructura de cada entidad. **Generalidad: referirse a una serie de actos o procedimientos**, como la transferencia de competencia es una figura prevista en función del servicio público y, no de la situación particular de los administrados, la norma establece que tal disposición debe referirse a una serie de actos o procedimientos y no a casos específicos. Esta misma norma proscribire que la transferencia de competencias sirva para dar preferencias, privilegios o generar discriminaciones entre los asuntos y administrados. **Comunicación a los administrados**, la transferencia de competencias no es un fenómeno de trascendencia meramente interna, sino con importantes proyecciones en el estatuto del administrado. Por ello, se constituye en una exigencia a favor del administrado, que la decisión de transferir la competencia se notifique a los interesados en los expedientes en curso afectos a esta decisión⁽¹³¹⁾.

En la avocación, el órgano superior asume la competencia como propia, por ello contra la decisión del Concejo provincial procede únicamente el recurso normalmente admitido contra los actos del órgano avocante, el recurso de reconsideración de acuerdo a las reglas de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General.

(131) MORÓN URBINA, Ob. cit., pp. 322 y 323.

CAPÍTULO II

LAS COMPETENCIAS Y FUNCIONES ESPECÍFICAS

ARTÍCULO 78.- SUJECIÓN A LAS NORMAS TÉCNICAS Y CLAUSURA

El ejercicio de las competencias y funciones específicas de las municipalidades se realiza de conformidad y con sujeción a las normas técnicas sobre la materia.

Las autoridades municipales otorgarán las licencias de construcción, bajo responsabilidad, ajustándose estrictamente a las normas sobre barreras arquitectónicas y de accesibilidad. Asimismo, pueden ordenar la clausura transitoria o definitiva de edificios, establecimientos o, servicios cuando su funcionamiento esté prohibido legalmente y constituya peligro, o cuando estén en contra de las normas reglamentarias o de seguridad de defensa civil, o produzcan olores, humos, ruidos u otros efectos perjudiciales para la salud o tranquilidad del vecindario.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Arts. 49, 75, 92

Ley N° 27783 Art. 10



COMENTARIO

El contenido de este artículo es innecesario. Muchas de sus disposiciones ya están consideradas en otros artículos de la LOM o deben ser parte de otros artículos mejor ubicados dentro de la sistemática de la Ley.

Por ejemplo, la conformidad con las normas técnicas, ya está regulado por el art. 75 de la LOM, segundo párrafo, que señala: “Las normas municipales en las materias establecidas en la presente ley, que estén en concordancia con las normas técnicas de carácter nacional, son de cumplimiento obligatorio por los ciudadanos y las autoridades nacionales y regionales respectivas”.

El otorgamiento de las licencias de construcción, ajustándose a las normas sobre barreras arquitectónicas y de accesibilidad, debe ser parte del art. 92, que regula específicamente este tipo de licencias: “Toda obra de construcción, reconstrucción, conservación, refacción o modificación de inmueble, sea pública o privada, requiere

una licencia de construcción, expedida por la municipalidad provincial, en el caso del cercado, y de la municipalidad distrital dentro de cuya jurisdicción se halla el inmueble, previo certificado de conformidad expedido por el Cuerpo General de Bomberos Voluntarios o del Comité de Defensa Civil, según corresponda, además del cumplimiento de los correspondientes requisitos reglamentarios. Las licencias de construcción y de funcionamiento que otorguen las municipalidades deben estar, además, en conformidad con los planes integrales de desarrollo distrital y provincial”.

La clausura de establecimientos está regulada íntegramente por el art. 49 de la LOM, en los siguientes términos: “La autoridad municipal puede ordenar la clausura transitoria o definitiva de edificios, establecimientos o servicios cuando su funcionamiento está prohibido legalmente o constituye peligro o riesgo para la seguridad de las personas y la propiedad privada o la seguridad pública, o infrinjan las normas reglamentarias o de seguridad del sistema de defensa civil, o produzcan olores, humos, ruidos u otros efectos perjudiciales para la salud o la tranquilidad del vecindario. La autoridad municipal puede ordenar el retiro de materiales o la demolición de obras e instalaciones que ocupen las vías públicas o mandar ejecutar la orden por cuenta del infractor; con el auxilio de la fuerza pública o a través del ejecutor coactivo, cuando corresponda. La autoridad municipal puede demandar autorización judicial en la vía sumarísima para la demolición de obras inmobiliarias que contravengan las normas legales, reglamentos y ordenanzas municipales”.

ARTÍCULO 79.- ORGANIZACIÓN DEL ESPACIO FÍSICO Y USO DEL SUELO

Las municipalidades, en materia de organización del espacio físico y uso del suelo, ejercen las siguientes funciones:

1. Funciones específicas exclusivas de las municipalidades provinciales:
 - 1.1. Aprobar el Plan de Acondicionamiento Territorial de nivel provincial, que identifique las áreas urbanas y de expansión urbana, así como las áreas de protección o de seguridad por riesgos naturales; las áreas agrícolas y las áreas de conservación ambiental.
 - 1.2. Aprobar el Plan de Desarrollo Urbano, el Plan de Desarrollo Rural, el Esquema de Zonificación de áreas urbanas, el Plan de Desarrollo de Asentamientos Humanos y demás planes específicos de acuerdo con el Plan de Acondicionamiento Territorial.
 - 1.3. Pronunciarse respecto de las acciones de demarcación territorial en la provincia.
 - 1.4. Aprobar la regulación provincial respecto del otorgamiento de licencias y las labores de control y fiscalización de las municipalidades distritales en las materias reguladas por los planes antes mencionados, de acuerdo con las normas técnicas de la materia, sobre:
 - 1.4.1. Otorgamiento de licencias de construcción, remodelación o demolición.
 - 1.4.2. Elaboración y mantenimiento del catastro urbano y rural.
 - 1.4.3. Reconocimiento, verificación, titulación y saneamiento físico legal de asentamientos humanos.
 - 1.4.4. Autorizaciones para ubicación de anuncios y avisos publicitarios y propaganda política.

- 1.4.5. Nomenclatura de calles, parques y vías.
- 1.4.6. Seguridad del Sistema de Defensa Civil.
- 1.4.7. Estudios de Impacto Ambiental.
- 1.5. Fiscalizar el cumplimiento de los Planes y normas provinciales sobre la materia, señalando las infracciones y estableciendo las sanciones correspondientes.
- 1.6. Diseñar y ejecutar planes de renovación urbana.
- 2. Funciones específicas compartidas de las municipalidades provinciales:
 - 2.1. Ejecutar directamente o concesionar la ejecución de las obras de infraestructura urbana o rural de carácter multidistrital que sean indispensables para la producción, el comercio, el transporte y la comunicación de la provincia, tales como corredores viales, vías troncales, puentes, parques, parques industriales, embarcaderos, terminales terrestres, y otras similares, en coordinación con las municipalidades distritales o provinciales contiguas, según sea el caso; de conformidad con el Plan de Desarrollo Municipal y el Plan de Desarrollo Regional.
 - 2.2. Diseñar y promover la ejecución de programas municipales de vivienda para las familias de bajos recursos.
- 3. Funciones específicas exclusivas de las municipalidades distritales:
 - 3.1. Aprobar el plan urbano o rural distrital, según corresponda, con sujeción al plan y a las normas municipales provinciales sobre la materia.
 - 3.2. Autorizar y fiscalizar la ejecución del plan de obras de servicios públicos o privados que afecten o utilicen la vía pública o zonas aéreas, así como sus modificaciones; previo cumplimiento de las normas sobre impacto ambiental.
 - 3.3. Elaborar y mantener el catastro distrital.
 - 3.4. Disponer la nomenclatura de avenidas, jirones, calles, pasajes, parques, plazas, y la numeración predial.
 - 3.5. Reconocer los asentamientos humanos y promover su desarrollo y formalización.
 - 3.6. Normar, regular y otorgar autorizaciones, derechos y licencias, y realizar la fiscalización de:
 - 3.6.1. Habilitaciones urbanas.
 - 3.6.2. Construcción, remodelación o demolición de inmuebles y declaratorias de fábrica.
 - 3.6.3. Ubicación de avisos publicitarios y propaganda política.
 - 3.6.4. Apertura de establecimientos comerciales, industriales y de actividades profesionales de acuerdo con la zonificación.
 - 3.6.5. Construcción de estaciones radioeléctricas y tendido de cables de cualquier naturaleza.
 - 3.6.6. Las demás funciones específicas establecidas de acuerdo a los planes y normas sobre la materia.
- 4. Funciones específicas compartidas de las municipalidades distritales:
 - 4.1. Ejecutar directamente o proveer la ejecución de las obras de infraestructura urbana o rural que sean indispensables para el desenvolvimiento de la vida del vecindario, la producción, el comercio, el transporte y la comunicación en el distrito, tales como pistas o calzadas, vías, puentes, parques, mercados, canales de irrigación, locales comunales, y obras similares, en coordinación con la municipalidad provincial respectiva.

4.2. Identificar los inmuebles en estado ruinoso y calificar los tugurios en los cuales deban realizarse tareas de renovación urbana en coordinación con la municipalidad provincial y el gobierno regional.

En el saneamiento de la propiedad predial la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal actuará como órgano técnico de asesoramiento de los gobiernos locales, para cuyo efecto se suscribirán los convenios respectivos.

CONCORDANCIAS:

Const. Art. 195:6)
Ley N° 27972 Arts. 9, 73, 89, 90, 92, 93, 157:12)
Ley N° 27783 Arts. 41, 42, 43:d)h)
D.Leg. N° 613 Arts. 3, 6, 9, 60, 82
Ley N° 26878 Arts. 2, 3



COMENTARIO

Hay que dejar claramente establecido que el carácter de exclusiva de una competencia y las funciones correspondientes, no enerva la facultad de coordinación que tienen las municipalidades, como una obligación intrínseca a su condición de órganos de gobierno y al mandato establecido en el art. 124 de la LOM: “Las relaciones que mantienen las municipalidades entre ellas, son de coordinación, de cooperación o de asociación para la ejecución de obras o prestación de servicios. Se desenvuelven con respeto mutuo de sus competencias y gobierno”.

Determinación de la competencia

Bajo la denominación de organización del espacio físico y uso del suelo (denominación propia de la LOM) se desarrolla la competencia municipal establecida en el art. 195, inc. 6 de la Constitución Política, que prescribe que los gobiernos locales son competentes para “planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones, incluyendo la zonificación, urbanismo y acondicionamiento territorial”. Competencia que el art. 42 de la Ley de Bases de la Descentralización clasifica como una **competencia exclusiva** del nivel de gobierno local: “inc. a) Planificar y promover el desarrollo urbano y rural de su circunscripción, y ejecutar los planes correspondientes” e “Inc. b) Normar la zonificación, urbanismo, acondicionamiento territorial y asentamientos humanos”; y el art. 43 señala que es competencia compartida la “vivienda y renovación urbana”.

¿Qué materias comprende la organización del espacio físico y uso del suelo? Según el art. 73, son: a) zonificación; b) catastro urbano y rural; c) habilitación urbana; d) saneamiento físico legal de asentamientos humanos; e) acondicionamiento territorial; f) renovación urbana; g) infraestructura urbana o rural básica; h) viabilidad; i) patrimonio histórico, cultural y paisajístico.

La LOM no ha replicado el término urbanismo que sí está en la Constitución y en la Ley de Bases de la Descentralización. El **urbanismo**, también llamado planificación urbana, “es la ciencia y técnica de la ordenación de las ciudades y del territorio. El objeto principal de la disciplina urbanística es la planificación de las mismas, los estudios sobre el fenómeno urbano, la acción de la urbanización y la organización de la ciudad

y el territorio⁽¹³²⁾, razón por la cual siendo un concepto general, la LOM ha preferido regularlo bajo materias específicas.

Por su parte, la Ley de Bases de la Descentralización, introduce la competencia “normar los asentamientos humanos” que no está como tal en la Constitución, y la LOM lo recoge como la obligación de “saneamiento físico legal de asentamientos humanos”, se entiende que esta se enmarca dentro de la competencia de planificación urbanística.

Normativa sobre organización del espacio físico y uso del suelo

Teniendo como base la constitución del Estado, la normativa legal en materia de organización del espacio físico y uso de suelo lo constituye:

- Ley de Bases de la Descentralización
- La Ley Orgánica de Gobiernos Regionales
- La Ley Orgánica de Municipalidades
- La Ley N° 29090 - Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificación
- D.S. N° 004-2011-VIVIENDA - Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano
- R.M. N° 026-2010-MINAM - Lineamiento de Política para el Ordenamiento Territorial
- Manual para elaboración de Planes de Desarrollo Urbano
- D.S. N° 053-98-PCM Reglamento de habilitación y construcción urbana especial
- Reglamento Nacional de Edificaciones
- R.M. N° 155-2006-VIVIENDA - Normas técnicas y de gestión reguladoras del Catastro Urbano Municipal
- Ley N° 26821 - Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales
- Ley 28687 - Ley de Desarrollo y Complementaria de Formalización de la Propiedad Informal, Acceso al suelo y Dotación de servicios básicos
- D.S. N° 009-99-MTC - TUO de la Ley de Promoción del Acceso a la Propiedad Formal
- Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente
- D.S. N° 087-2004-PCM - Reglamento de Zonificación Ecológica y Económica (ZEE)

De las funciones específicas exclusivas de las municipalidades provinciales

En el ámbito provincial, son funciones específicas **exclusivas** de las municipalidades provinciales:

(132) Ver: <<http://es.wikipedia.org/wiki/Urbanismo>>.

- a) El plan de acondicionamiento territorial de nivel provincial. Esta disposición es concordante con el art. 9, inc. 4 de la LOM, por lo tanto el plan debe aprobarse mediante la dación de la ordenanza municipal respectiva.
- b) El plan de desarrollo urbano y rural de la provincia. Esta disposición es concordante con el art. 9, inc. 5 de la LOM, por lo tanto el plan debe aprobarse mediante la dación de la ordenanza municipal respectiva.
- c) El esquema de zonificación de áreas urbanas. Esta disposición es concordante con el art. 9, inc. 5 de la LOM, por lo tanto el plan debe aprobarse mediante la dación de la ordenanza municipal respectiva.
- d) El Plan de desarrollo de asentamientos humanos. Esta disposición es concordante con el art. 9, inc. 5 de la LOM, por lo tanto, el plan debe aprobarse mediante la dación de la ordenanza municipal respectiva.
- e) Otros planes que especifique el plan de acondicionamiento territorial.
- f) Pronunciarse en las acciones de demarcación territorial en el ámbito de la provincia.
- g) La regulación del otorgamiento de licencias y las labores de control y fiscalización de los planes de acondicionamiento territorial y desarrollo urbano.
- h) Determinar las infracciones y sanciones ante el incumplimiento de lo dispuesto en los planes y normas provinciales sobre la materia.
- i) Planes de renovación urbana.

Y son funciones específicas **compartidas** de las municipalidades provinciales:

- a) Ejecutar directamente o concesionar obras de infraestructura urbana o rural de carácter multidistrital.
- b) Diseñar y promover programas municipales de vivienda para familias de bajos recursos.

En el ámbito distrital, son funciones específicas **exclusivas** de las municipalidades distritales:

- a) El plan urbano o rural del distrito. Esta disposición es concordante con el art. 9, inc. 4 de la LOM, por lo tanto el plan debe aprobarse mediante la dación de la ordenanza municipal respectiva.
- b) Autorizar y fiscalizar la ejecución del plan de obras de servicios públicos o privados.
- c) Catastro Municipal.
- d) Nomenclatura de avenidas, jirones, calles, pasajes, parques, plazas y la numeración predial.
- e) Reconocer los asentamiento humanos, promover su desarrollo y formalización.
- f) Normar, regular, otorgar y fiscalizar las autorizaciones, derechos y licencias en materias de:
 - Habilitación urbana
 - Construcción, remodelación o demolición de inmuebles

- Declaraciones de fábrica
- Ubicación de avisos, publicitarios y propaganda política
- Apertura de establecimientos comerciales, industriales y actividades profesionales
- Construcción de estaciones radioeléctricas y tendido de cables

Y son funciones específicas **compartidas** de las municipalidades distritales:

- Ejecutar directamente o proveer la ejecución de las obras de infraestructura urbana o rural de nivel distrital y obras similares en coordinación con la municipalidad provincial respectiva.
- Identificar los inmuebles en estado ruinoso y calificar los tugurios en los cuales deben realizarse tareas de renovación urbana, en coordinación con las municipalidad provincial y el gobierno regional

En el caso de saneamiento de la propiedad, estaría a cargo de Cofopri, que actúa como órgano técnico de asesoramiento de los gobiernos locales, previo suscripción de los convenios respectivos.

El acondicionamiento territorial

La ordenación del espacio físico y uso del suelo, de acuerdo a la regulación del presente artículo, gira en torno al plan de acondicionamiento territorial, que se elabora sobre la base de los planes de desarrollo, de manera tal que su implementación no solo tiene que ver con los programas de obras dentro de un territorio físico, sino como un conjunto de acciones planificadas que busca el desarrollo integral y sostenible, a nivel regional, nacional y local.

Lo que se persigue con el acondicionamiento territorial es, en términos sencillos, ordenar el territorio con el objetivo de acelerar el desarrollo económico y social de una determinada jurisdicción geográfica. Y la manera cómo se ordena y se elaboran los planes de desarrollo, es la finalidad de este artículo, que establece competencias provinciales y distritales, las que sujetarán a las políticas de la materia en el ámbito nacional y regional.

El ordenamiento territorial, según el documento denominado “Lineamiento de Política para el Ordenamiento Territorial”, aprobado por Resolución Ministerial N° 026-2010-MINAM, es “una **política de Estado**, un proceso político, técnico administrativo de toma de decisiones concertadas con los actores sociales, económicos, políticos y técnicos, para la ocupación ordenada y uso sostenible del territorio, la regulación y promoción de la localización y del desarrollo sostenible de los asentamientos humanos; de las actividades económicas, sociales y el desarrollo físico espacial sobre la base de la identificación de potencialidades y limitaciones considerando criterios ambientales, económicos, socioculturales, institucionales y geopolíticos. Asimismo, hace posible el desarrollo integral de la persona como garantía para una adecuada calidad de vida”.

Los planes que señala este artículo, se elaboran siguiendo las pautas del D.S. N° 004-2011-VIVIENDA - Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano y el “Manual para elaboración de Planes de Desarrollo Urbano”.

Las disposiciones del Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano - D.S. N° 004-2011-VIVIENDA

Este reglamento tiene como base el “Plan Nacional de Desarrollo Urbano - PERÚ: Territorio para Todos, Lineamientos de Política 2006 - 2015”, aprobado por Decreto Supremo N° 018-2006-VIVIENDA, y parte de tres supuestos fundamentales:

- a) Que la política de desarrollo urbano establece entre sus objetivos específicos de la Gestión Urbana-Territorial, incorporar la Zonificación Ecológica y Económica en la planificación de la gestión urbana-territorial, fortalecer la institucionalidad de los gobiernos regionales y locales, los mecanismos e instrumentos de gestión urbano-territorial necesaria en los aspectos económico, financiero, normativos, técnico, organizativo participativo y de información permanente, tanto en las metrópolis nacionales, ciudades intermedias, ciudades menores y asentamientos rurales, como base para el desarrollo sostenible del territorio; y desarrollar programas de fortalecimiento de los gobiernos locales, incluyendo capacitación, asistencia y asesoría técnica en los temas de planificación y gestión del desarrollo urbano territorial y la correspondiente programación de inversiones.
- b) Que, a nivel nacional el territorio presenta un patrón de ocupación del suelo, mayoritariamente informal, extendiendo desordenadamente las ciudades, con problemas de carencia de infraestructura y servicios, derivados de la ausencia de una adecuada planificación concertada con los agentes que intervienen en dicho proceso, así como de una visión integral del conjunto de circunscripciones territoriales en los cuales se encuentra dividido el país.
- c) Que, sin perjuicio de la autonomía de la que gozan los Gobiernos Locales para aprobar sus respectivos Planes Urbanos de Acondicionamiento Territorial, Desarrollo Urbano, Urbano Distrital y Específico, entre otros, es conveniente establecer lineamientos técnicos y expeditivos de alcance nacional, que permitan la elaboración y aprobación de los Planes, garantizando la participación democrática de los vecinos e instituciones de la sociedad civil, así como de los organismos del Gobierno nacional, regional y local.

El Reglamento constituye el marco normativo para los procedimientos técnicos y administrativos que deben seguir las municipalidades a nivel nacional, en el ejercicio de sus competencias en materia de planeamiento y gestión del suelo, acondicionamiento territorial y desarrollo urbano y rural; a fin de garantizar:

- 1) La ocupación racional y sostenible del territorio.
- 2) La reducción de la vulnerabilidad ante desastres, prevención y atención oportuna de los riesgos y contingencias físico-ambientales.
- 3) La armonía entre el ejercicio del derecho de propiedad y el interés público.
- 4) La coordinación de los diferentes niveles de gobierno nacional, regional y local para facilitar la participación del sector privado en la gestión pública local.
- 5) La distribución equitativa de los beneficios y cargas que se deriven del uso del suelo.
- 6) La seguridad y estabilidad jurídica para la inversión inmobiliaria.
- 7) La eficiente dotación de servicios a la población.

Se señala también que las municipalidades, en materia de acondicionamiento territorial y desarrollo urbano y rural, aprobarán los siguientes instrumentos:

3.1 Planes urbanos (PU), que comprenden:

- a) Plan de Acondicionamiento Territorial (PAT)
- b) Plan de Desarrollo Metropolitano (PDM)
- c) Plan de Desarrollo Urbano (PDU)
- d) Plan Urbano Distrital (PUD)
- e) Esquema de Ordenamiento Urbano (EU)

3.2 Plan Específico (PE)

3.3 Planeamiento Integral (PI)

El **Plan de Acondicionamiento territorial**, de conformidad con la definición establecido en el art. 1 del Reglamento, es el instrumento técnico-normativo de planificación física integral en el ámbito provincial que orienta y regula la organización físico-espacial de las actividades humanas en cuanto a la distribución, jerarquía, roles y funciones de los centros poblados en los ámbitos urbano y rural; la conservación y protección del recurso y patrimonio natural y cultural; el desarrollo de la inversión pública y privada en los ámbitos urbano y rural del territorio provincial; y, la ocupación y uso planificado del territorio, para lograr el mejoramiento de los niveles y calidad de vida de la población urbana y rural, bajo el enfoque territorial prospectivo, competitivo y de sostenibilidad. El Plan de Acondicionamiento Territorial constituye el componente físico-espacial del Plan Provincial de Desarrollo Concertado, estableciendo:

- a) El modelo físico-espacial para el desarrollo territorial con base en la visión provincial de desarrollo a largo plazo.
- b) El marco de referencia para la formulación y ejecución de las políticas de desarrollo territorial en materias de competencia municipal.
- c) Las estrategias de desarrollo territorial y lineamientos para los planes de desarrollo urbano, a fin de garantizar una adecuada coordinación y articulación de acciones.
- d) La política general de uso y ocupación sostenible del suelo provincial.
- e) El Sistema Urbano Provincial, a fin de definir los roles y funciones de los centros poblados que conforman el territorio provincial.
- f) La organización físico-espacial de las actividades económicas, sociales y político administrativas.
- g) Plan de Desarrollo Rural en el ámbito provincial.
- h) La identificación de las áreas de protección ambiental, ecológica y áreas de riesgo para la seguridad física afectadas por fenómenos de origen natural o generado por el hombre, así como la determinación de las medidas especiales de protección, conservación, prevención y reducción de impactos negativos.

- i) El programa de inversiones y las oportunidades de negocios, para la atención de requerimientos para el desarrollo de los elementos constitutivos del territorio provincial.
- j) Los mecanismos de gestión territorial de las determinaciones adoptadas en el Plan de Acondicionamiento Territorial.
- k) Los mecanismos de seguimiento y evaluación de los resultados de la ejecución del Plan de Acondicionamiento Territorial.

Adicionalmente, se establece que la Zonificación Ecológica y Económica, entre otros estudios, contribuye a la formulación del Plan de Acondicionamiento Territorial. La Zonificación Ecológica y Económica (ZEE) del país se aprueba, a tenor del art. 11 de la Ley N° 26821 - Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, a propuesta de la Presidencia del Consejo de Ministros, en coordinación intersectorial, como apoyo al ordenamiento territorial a fin de evitar conflictos por superposición de títulos y usos inapropiados, y demás fines. Dicha zonificación se realiza con base en áreas prioritarias conciliando los intereses nacionales de la conservación del patrimonio natural con el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales.

Las propuestas contenidas en los planes de acondicionamiento territorial se enmarcan en el Plan de Desarrollo Regional Concertado y demás instrumentos de desarrollo territorial nacional y regional; y a su vez articulados y concordados con los Planes de Acondicionamiento Territorial de las provincias colindantes.

Sobre la utilidad del planeamiento municipal

El arquitecto Javier Alfaro Díaz establece que un plan de desarrollo urbano se utiliza para:

- El ordenamiento territorial y la orientación del crecimiento de un centro urbano.
- La prevención y mitigación de los desastres causados por fenómenos naturales.
- La integración y articulación vial de un centro urbano con su región, y de las actividades que se desarrollan en su territorio.
- El uso ordenado del suelo urbano y el aprovechamiento de las ventajas comparativas de localización.
- La reserva de áreas para el equipamiento urbano (se denomina equipamiento urbano a la provisión de todo local, ambiente y/o espacio necesario para el funcionamiento de actividades cívicas, educativas, de salud, de recreación, de seguridad, etc, requeridas para el desarrollo de un centro urbano) y la recreación.
- El dimensionamiento y previsión de la infraestructura (se denomina Infraestructura, a toda obra que se realiza para el funcionamiento de un sistema y/o servicio) para servicios básicos.
- La programación de proyectos y acciones de desarrollo urbano.
- La regulación de las habilitaciones urbanas y edificaciones.

- La formulación de programas de vivienda, renovación y/o rehabilitación urbana⁽¹³³⁾.

Procedimiento de la demarcación territorial

El inc. 1.3 del art. 79 establece que es función de la municipalidad provincial pronunciarse respecto de las acciones de demarcación territorial en la provincia.

La demarcación territorial es el proceso técnico-geográfico mediante el cual se organiza el territorio a partir de la definición y delimitación de las circunscripciones político-administrativas a nivel nacional.

Se realiza siguiendo el procedimiento establecido en la Ley N° 27795 - Ley de Demarcación y Organización Territorial y su Reglamento - D.S. N° 019-2003-PCM. De acuerdo con estos dispositivos, la **demarcación territorial** es el proceso técnico-geográfico mediante el cual se organiza el territorio a partir de la definición y delimitación de las circunscripciones político-administrativas a nivel nacional. Es aprobado por el Congreso a propuesta del Poder Ejecutivo; las circunscripciones político-administrativas son las regiones, departamentos, provincias y distritos, que de acuerdo a su nivel determinan el ámbito territorial de gobierno y administración. Cada circunscripción política cuenta con una población caracterizada por su identidad histórico-cultural, y un ámbito geográfico, soporte de sus relaciones sociales, económicas y administrativas; las **acciones técnicas de demarcación territorial** son las creaciones, fusiones, delimitaciones y redelimitaciones territoriales, traslados de capital, anexiones de circunscripciones, centros poblados. La categorización de centros poblados y cambios de nombre son acciones de normalización. Todas las acciones descritas conforman el sistema nacional de demarcación territorial y las decisiones recaídas sobre ellas constituyen actos de administración, conforme a ley.

Por lo tanto, los procedimientos de demarcación territorial tienen un doble objetivo (art. 3 de la Ley N° 27795): a) definir circunscripciones territoriales de nivel distrital, provincial y departamental, que garanticen el ejercicio del gobierno y la administración, y faciliten la conformación de las regiones; y b) generar información de carácter técnico-cartográfica que contribuya en la elaboración de los planes de desarrollo de nivel local, regional y nacional.

La primera y segunda disposiciones complementarias de la Ley N° 27795 suspendieron por cinco años la creación de nuevos distritos y provincias, con excepción de aquellos que dentro del proceso de demarcación territorial y ordenamiento político-administrativo resulten indispensables, y por Ley N° 28920, publicada el 8 de diciembre de 2006, se amplió dicha suspensión hasta el 31 de diciembre del 2011, no habiendo sido prorrogada.

Cambio de zonificación

El numeral 1.2 del artículo 79 se establece que es función **específica exclusiva** de las municipalidades provinciales en materia de Organización del espacio físico y uso del suelo, entre otros aprobar el Esquema de Zonificación de áreas urbanas.

(133) ALFARO DÍAZ, Javier. *Plan de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano*. Instituto de Investigación y Capacitación Municipal (INICAM).

La zonificación es el instrumento técnico de gestión urbana que contiene el conjunto de normas técnicas urbanísticas para la regulación del uso y la ocupación del suelo en el ámbito de Intervención de Plan de Desarrollo Metropolitano (PDM), Plan de Desarrollo Urbano (PDU) y Esquema de Ordenamiento Urbano (EU), en función a los objetivos de desarrollo sostenible y a la capacidad de soporte del suelo, para localizar actividades con fines sociales y económicos, como vivienda, recreación, protección y equipamiento; así como la producción industrial, comercio, transportes y comunicaciones. La zonificación regula el ejercicio del derecho de propiedad predial respecto del uso y ocupación que se le puede dar al mismo. Se concreta en planos de zonificación urbana, Reglamento de Zonificación (parámetros urbanísticos y arquitectónicos para cada zona); y el Índice de Usos para la Ubicación de Actividades Urbanas. Ninguna norma puede establecer restricciones al uso de suelo no consideradas en la zonificación.

Los cambios de zonificación pueden ser propuestos de oficio por la municipalidad interesada o pueden ser tramitados por sus propietarios y/o promotores ante la municipalidad distrital, siguiendo las siguientes pautas:

- La solicitud del cambio de zonificación debe comprender en su ámbito a los inmuebles vecinos del predio materia de la solicitud, conformando un área mínima de una manzana o un sector. Se consideran como inmuebles vecinos a aquellos que comparten el frente de manzana del inmueble materia de la solicitud, así como los predios posteriores colindantes. Tratándose de inmuebles que comparten la misma vía local se consideran como inmuebles vecinos aquellos que estén ubicados en ambos frentes de manzana.
- La solicitud de cambio de zonificación puede referirse a uno o más componentes o parámetros contenidos en la norma vigente: zona de uso predominante, usos permitidos, parámetros urbanísticos, parámetros arquitectónicos, afectaciones por obras de carácter provincial (vías primarias, intercambios viales, puentes, equipamientos urbanos).
- Debe considerarse como mínimo los siguientes aspectos en la propuesta o solicitud: a) copia literal de dominio expedida por el Registro de Predios con una anticipación no mayor a treinta (30) días naturales. En caso que el solicitante del cambio de zonificación es una persona jurídica se acompañará vigencia de poder expedida por el Registro de Personas Jurídicas con una anticipación no mayor a treinta (30) días naturales; b) documentos de los concesionarios de los servicios de agua, alcantarillado y energía eléctrica que acrediten la viabilidad del cambio de zonificación solicitado, en caso de que la solicitud implique un incremento en dotación de estos servicios; c) memoria descriptiva suscrita por un arquitecto o ingeniero civil colegiado que sustente el cambio solicitado, señalando la suficiencia de los servicios públicos, como vialidad, limpieza pública, transporte y de la dotación de equipamientos urbanos de educación, salud y recreación.

La aprobación del cambio de zonificación es un acto que compete en forma exclusiva de la municipalidad provincial, si bien la ley considera que la municipalidad distrital debe emitir un pronunciamiento al respecto, este trámite no limita ni impide la resolución final por parte de la municipalidad provincial; como lo dispone expresamente la última parte del art. 51 del D.S. N° 004-2011-VIVIENDA - Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano, que establece el procedimiento para la autorización de los cambios de zonificación: "51.5 La municipalidad distrital

elevará la propuesta de cambio de zonificación a la municipalidad provincial mediante Acuerdo de Concejo. Vencido el plazo señalado en el presente artículo, de no haber emitido opinión la Municipalidad Distrital, el interesado continúa con el trámite del cambio de zonificación en la Municipalidad Provincial, debiendo consignarse este hecho en la Ordenanza respectiva”.

Catastro municipal

La base normativa para el catastro municipal es la R.M. N° 155-2006-VIVIENDA, que aprueba las Normas Técnicas y de Gestión Reguladoras del Catastro Urbano Municipal, que son las pautas que deben seguirse para la elaboración del catastro urbano en los gobiernos locales.

El dispositivo señala que las municipalidades tienen la responsabilidad de implementar el Catastro Único Municipal - CUM. Para constituir el CUM la entidad debe realizar doce pasos o tareas puntuales, que son las siguientes:

- 1) Diagnóstico catastral.
- 2) Programación del proceso de implementación Catastral.
- 3) Implementación del centro de información catastral.
- 4) Preparación previa a la captura de información catastral.
- 5) Construcción gráfica del territorio a catastrar.
- 6) Identificación de los componentes urbanos.
- 7) Identificación predial.
- 8) Registro y procesamiento de los datos catastrados.
- 9) Implementación del sistema de información de referencia catastral.
- 10) Consolidación del Centro de Operaciones del CUM y/o SIGCUM.
- 11) Proceso permanente de conservación y complementación catastral.
- 12) Reordenamiento municipal.

Siendo una competencia obligatoria y permanente de los gobiernos locales, estos deben establecer en su Reglamento de Organización y Funciones una oficina encargada de la elaboración y/o mantenimiento del catastro municipal.

Base legal de las habilitaciones urbanas

Los arts. 194 y 195 de la Constitución, les concede a los gobiernos locales la autonomía económica, política y administrativa y en función a ella la facultad de “planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones, incluyendo la zonificación, urbanismo y acondicionamiento territorial”.

La Ley de Bases de la Descentralización N° 27783, establece en su art. 42, como competencia exclusiva de los gobiernos locales: a) planificar y promover el desarrollo urbano y rural de su circunscripción, y ejecutar los planes correspondientes; y b) normar la zonificación, urbanismo, acondicionamiento territorial y asentamiento humano.

Los arts. 73 numeral 1 y 79 de la LOM les otorga a las municipalidades las funciones de organización del espacio físico y uso del suelo; y dentro de estas funciones está la específica de otorgamiento de licencias de construcción, remodelación o demolición.

Las edificaciones se rigen por la Ley N° 29090 - Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones, que tiene por objeto establecer la regulación jurídica de los procedimientos administrativos para la obtención de las licencias de habilitación urbana y de edificación; seguimiento, supervisión y fiscalización en la ejecución de los respectivos proyectos, en un marco que garantice la seguridad privada y pública.

Dicha ley fue modificada por las Leyes N° 29300, Ley N° 29476 y posteriormente por la Ley N° 29566, norma que modificó diversas disposiciones con el objeto de mejorar el clima de inversión y facilitar el cumplimiento de obligaciones tributarias.

Por Ley N° 29898 - Ley que establece el procedimiento de habilitación urbana de Oficio, se modificó la Ley N° 29090, así como se dispuso que el Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, en un plazo de sesenta días calendario, contados desde la vigencia de la acotada Ley, adecúe según corresponda el Reglamento de Licencias de Habilitación Urbana y Licencias de Edificación, el Reglamento de los Revisores Urbanos y el Reglamento de Verificación Administrativa y Técnica, aprobados respectivamente mediante Decretos Supremos N° 024-2008-VIVIENDA, N° 025-2008-VIVIENDA y N° 026-2008-VIVIENDA;

Disposiciones del nuevo reglamento

Mediante Decreto Supremo N° 008-2013-VIVIENDA, publicado el 4 de mayo de 2013, el Ministerio de Vivienda ha aprobado el Reglamento de Licencias de Habilitación Urbana y Licencias de Edificación, el cual tiene por finalidad desarrollar los procedimientos administrativos dispuestos en la Ley N° 29090, Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones, del 25 de setiembre de 2007. Con la dación de esta norma, se deroga el Decreto Supremo N° 024-2008-VIVIENDA, Reglamento de Licencias de Habilitación Urbana y Licencias de Edificación, del 27 de setiembre de 2008.

Este nuevo Reglamento desarrolla los procedimientos administrativos dispuestos en la Ley N° 29090 - Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones, estableciéndose que:

- Los procedimientos administrativos que se desarrollan en el Reglamento son únicos y de aplicación obligatoria a nivel nacional. Ninguna norma, directiva, formulario o requerimiento administrativo podrá exigir mayores requisitos que los establecidos en la ley y el Reglamento.
- Todos los procedimientos establecidos en el Reglamento están sujetos al silencio administrativo positivo de acuerdo a lo dispuesto en la Ley N° 29060, Ley del Silencio Administrativo; con excepción de: a) procedimiento de habilitación urbana de oficio; b) procedimiento de aprobación automática; y c) procedimientos comprendidos en lo previsto en la Primera Disposición Complementaria y Final de la Ley N° 29060, Ley del Silencio Administrativo.
- Define la licencia como un acto administrativo emitido por las municipalidades mediante la cual se autoriza la ejecución de una obra de habilitación urbana y/o de edificación prevista en la Ley N° 29090. Se otorga por un plazo determinado,

de acuerdo a los planos y especificaciones técnicas aprobadas. Se encuentra afecta al pago de una tasa por concepto de licencia que comprende la verificación administrativa y la verificación técnica.

- La licencia por sí misma no autoriza a la ejecución de obras, excepto las obras preliminares. El inicio de la ejecución de obras autorizadas está sujeto a:
 - a) La comunicación de la fecha de inicio de obra.
 - b) La suscripción del cronograma de visitas de inspección, constituido por las Verificaciones Técnicas.
 - c) La entrega de la póliza en los casos que corresponda.
 - d) El pago de la verificación técnica, monto que no podrá ser menor al 40 % de la tasa municipal establecida como costo de la licencia de acuerdo al artículo 10 de la Ley N° 29090.

Para los casos de edificación deberá acreditarse que el predio cuente, por lo menos, con el correspondiente Proyecto de Habilitación Urbana aprobado. La inscripción registral individualizada de un predio urbano es requisito indispensable para el otorgamiento de la conformidad de obra de edificación.

La licencia tiene una vigencia de treinta y seis (36) meses, prorrogable por doce (12) meses por única vez. La prórroga debe solicitarse dentro de los treinta (30) días calendario anterior a su vencimiento acreditando el número de licencia y/o del expediente y será otorgada dentro de los tres (3) días hábiles de presentada.

- Deberán solicitar licencias dentro del ámbito de la Ley y el Reglamento, los propietarios usufructuarios, superficiarios, concesionarios, titulares de una servidumbre o de una afectación en uso, o quien cuente con derechos ciertos para llevar a cabo obras de habilitación urbana y/o de edificación, respecto del predio materia de la solicitud.

Se entiende como titular a cualquier persona natural o jurídica, pública o privada, sean estas asociaciones de vivienda o pro vivienda, cooperativas de vivienda, urbanizadoras, habilitadoras y toda forma de organización de persona jurídica, con o sin fines de lucro.

- El otorgamiento de la licencia de habilitación o de edificación determinará la adquisición de los derechos de construcción y desarrollo, ya sea habilitando o edificando, en los predios objeto de la misma, en los términos y condiciones expresados en la respectiva licencia.
- La expedición de las citadas licencias no conlleva pronunciamiento alguno acerca de la titularidad de derechos reales, sobre el predio o predios, objeto de ella. Las licencias recaen sobre uno o más predios y producen todos sus efectos, aun cuando sean enajenados.
- En el caso de proyectos a ser ejecutados por etapas o secciones, se podrá solicitar Licencia de Habilitación Urbana, Edificación, Recepción de Obras, Conformidad de Obra y Declaratoria de Edificación para cada una de ellas, con base en un proyecto integral cuya aprobación tendrá una vigencia de 10 años.

- La Licencia de Habilitación Urbana y de Edificación a que se refiere el Reglamento, su prórroga y revalidación son inscribibles en la partida correspondiente del Registro de Predios. El asiento registral se cancela por vencimiento de la licencia y por la inscripción de la Declaratoria de Edificación.
- A efectos del Reglamento, bajo responsabilidad, las municipalidades tienen las siguientes obligaciones:
 - a) Se abstendrán de exigir a los administrados el cumplimiento de requisitos, la realización de trámites, el suministro de información o la realización de pagos, no previstos en la ley y el Reglamento, con excepción de las zonas de reglamentación especial.
 - b) Velarán que las áreas que constituyan aportes para cualquiera de las modalidades de habilitación urbana, establecidas en el Reglamento Nacional de Edificaciones - RNE, sean utilizadas conforme al uso por el cual fueron aportadas.
 - c) Pondrán a disposición del público, en un ambiente de fácil y libre acceso, y/o en el portal web de la municipalidad, el texto de la Ley, del Reglamento y de la normativa complementaria, así como toda la información que pudiera ser útil para el procesamiento de las licencias de habilitación urbana y/o de edificación, pudiendo ser: formulario único, planos de zonificación, índices de uso, parámetros urbanísticos y edificatorios, las áreas de aporte mencionadas en el literal b) precedente, entre otros.
 - d) Notificarán los dictámenes a través del Presidente de la Comisión Técnica.
 - e) Remitirán al Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, la información estadística señalada en el artículo 15 de la Ley, en forma directa o a través de las Direcciones Regionales.
 - f) Realizarán en el ámbito de su jurisdicción, el seguimiento, supervisión y fiscalización de la ejecución de los proyectos contemplados en las diversas modalidades establecidas en la Ley en concordancia con la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades.
 - g) En los trámites para la obtención de la Licencia de Edificación verificarán que los proyectos cumplan con los parámetros urbanísticos y edificatorios, así como, comprobarán que los profesionales que participan en el proyecto se encuentren habilitados en el ejercicio de su profesión y revisarán la información relevante de la partida registral del predio, a través de los portales web de los colegios profesionales y del Registro de Predios, respectivamente.

Ejecución de las obras

Disposición importante, porque delimita la responsabilidad en la ejecución de las obras, lo constituye el art. 45 de la Ley N° 27783 - Ley de Bases de la Descentralización, que señala: "Las obras de carácter local de cualesquier naturaleza, compete a cada municipalidad, provincial o distrital, en sus fases de autorización, ejecución, supervisión y control, e incluye la obligación de reponer las vías o servicios afectados. Los organismos públicos de nivel nacional o regional que presupuesten obras de alcance local, están obligados a convenir su ejecución con las municipalidades respectivas".

Certificados o constancia de posesión

Las municipalidades están facultadas para otorgar certificados o constancias de posesión, con base en las normas contenidas en el art. 195, inc.6 de la Constitución Política, que establece que son competentes para planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones, incluyendo la zonificación, urbanismo y el acondicionamiento territorial; y a las otorgadas en forma exclusiva a las municipalidades distritales, por el art. 79, numeral 3.6 y 3.6.2 de la LOM, para normar, regular y otorgar autorizaciones, derecho y licencias y realizar la fiscalización de construcción, remodelación o demolición de inmuebles y declaratoria de fábrica. Sin embargo, es necesario remarcar el alcance o la finalidad de dichos certificados.

Sobre la base de las normas antes indicadas, existen tres dispositivos que facultan a las municipalidades para otorgar certificados o constancias de posesión: 1) la Ley N° 26867 - Ley de desarrollo y complementaria de formalización de la propiedad informal, acceso al suelo y dotación de servicios básicos y su Reglamento aprobado por D.S. N° 017-2006-VIVIENDA; 2) el art. 505 del Código Procesal Civil, en el proceso de Prescripción Adquisitiva de Dominio; y 3) el D.Leg. N° 1089 - que establece el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales, y su Reglamento aprobado por D.S. N° 032-2008-VIVIENDA, de aplicación a predios rurales.

La Ley N° 26867 y su Reglamento

La Ley N° 26887 desarrolla el proceso de formalización de la propiedad informal, el acceso al suelo para uso de vivienda de interés social orientado a los sectores de menores recursos económicos y establece el procedimiento para la ejecución de obras de servicios básicos de agua, desagüe y electricidad en las áreas consolidadas y en proceso de formalización. Declara de preferente interés nacional la formalización de la propiedad informal, con su respectiva inscripción registral, respecto de los terrenos ocupados por posesiones informales, centros urbanos informales, urbanizaciones populares y toda otra forma de posesión, ocupación o titularidad informal de predios que estén constituidos sobre inmuebles de propiedad estatal, con fines de vivienda.

El art. 24 de dicha ley señala que la Factibilidad de Servicios Básicos en los terrenos ocupados por posesiones informales se otorgará previo certificado o constancia de posesión que concederá la municipalidad de la jurisdicción y que el reglamento establecerá los requisitos para el otorgamiento del certificado o constancia de posesión.

El art. 26 precisa que los certificados o constancias de posesión son documentos extendidos por las municipalidades distritales de la jurisdicción y exclusivamente para los fines de factibilidad de los servicios básicos, sin que ello constituya reconocimiento alguno que afecte el derecho de propiedad de su titular.

Posteriormente, se emite el D.S. N° 017-2006-VIVIENDA - Reglamento de los Títulos II y III de la Ley N° 26887, que establece el procedimiento, los requisitos y la finalidad de los certificados de posesión en los siguientes términos:

“Artículo 27.- Municipalidades otorgarán Certificado o Constancia de Posesión

Las municipalidades distritales en cuya jurisdicción se encuentre ubicada una posesión informal o la municipalidad provincial cuando se encuentre dentro de su Cercado, otorgarán a cada poseedor el Certificado o Constancia de Posesión para los fines del otorgamiento de la factibilidad de Servicios Básicos”.

“Artículo 28.- Requisitos para el otorgamiento del Certificado o Constancia de Posesión. Para que la municipalidad distrital o provincial, cuando corresponda, emita el Certificado o Constancia de Posesión, el o los interesados deberán presentar, única y exclusivamente, los siguientes documentos: 1. Solicitud simple indicando nombre, dirección y número de DNI, 2. Copia de DNI, 3. Plano simple de ubicación del predio, 4. Acta de verificación de posesión efectiva del predio emitida por un funcionario de la municipalidad distrital correspondiente y suscrita por todos los colindantes del predio o acta policial de posesión suscrita por todos los colindantes de dicho predio. El Certificado o Constancia de Posesión tendrá vigencia hasta la efectiva instalación de los servicios básicos en el inmueble descrito en dicho Certificado o Constancia”.

“Artículo 29.- Causales para denegar el otorgamiento del Certificado o Constancia de Posesión. El Certificado o Constancia de Posesión no se otorgará a los poseedores de inmuebles ubicados en áreas zonificadas para usos de equipamiento educativo, reservados para la defensa nacional, en las zonas arqueológicas o que constituyen patrimonio cultural de la Nación; en áreas naturales protegidas o zonas reservadas, así como aquellas calificadas por el Instituto Nacional de Defensa Civil como zona de riesgo”.

Concluyendo, en este caso el certificado o constancia de posesión se otorga:

- 1) Respecto de los terrenos ocupados por posesiones informales, centros urbanos informales, urbanizaciones populares y toda otra forma de posesión, ocupación o titularidad informal de predios que estén constituidos sobre inmuebles de propiedad estatal, con fines de vivienda.
- 2) Se otorgará para que el administrado obtenga sus servicios básicos, sin que ello constituya reconocimiento alguno que afecte el derecho de propiedad de su titular. Si el predio ya cuenta con servicios básicos, no deberá extenderse el certificado de posesión.
- 3) Su vigencia es hasta la efectiva instalación de los servicios básicos. Por ello, este certificado o constancia de posesión no puede ser utilizado en el proceso de prescripción adquisitiva de dominio notarial o judicial, porque desnaturaliza el objeto de este documento que es solo para la factibilidad de los servicios básicos del administrado.

El art. 505 del Código Procesal Civil y la Ley N° 27157

El Código Procesal Civil, en su art. 504 establece el trámite para los procesos de título supletorio, prescripción adquisitiva y rectificación o delimitación de áreas y linderos y en su art. 505 establece requisitos especiales que se deben acompañar a la demanda, señalando: “(...) 2. Se describirá el bien con la mayor exactitud posible. En caso de inmueble se acompañarán: planos de ubicación y perimétricos, así como descripción de las edificaciones existentes, suscritos por ingeniero o arquitecto colegiado y debidamente visados por la autoridad municipal o administrativa correspondiente, según la naturaleza del bien; y, cuando sea el caso, **certificación municipal o administrativa sobre la persona que figura como propietaria o poseedora del bien**. El juez podrá, si lo considera necesario, exigir la presentación de los comprobantes de pago de los tributos que afecten al bien” (el resaltado es nuestro). Este mismo procedimiento está facultado a seguirse para el caso de la prescripción adquisitiva de dominio notarial, por disposición del art. 5 de la Ley N° 27333 - Ley Complementaria a la Ley N° 26662,

Ley de Asuntos no Contenciosos de Competencia Notarial, para la regularización de Edificaciones, concordante con el art. 21 de la Ley N° 27157 - Ley de Regularización de edificaciones, del procedimiento para la Declaratoria de Fábrica y del Régimen de unidades inmobiliarias de Propiedad Exclusiva y de Propiedad Común, que dispone: "De la prescripción adquisitiva de dominio. La prescripción adquisitiva a la que se refiere el presente Título es declarada notarialmente, a solicitud del interesado y para ello se debe seguir el mismo proceso a que se refiere el artículo 504 y siguientes del Código Procesal Civil, en lo que sea aplicable, de acuerdo a lo previsto en el artículo 5 de la presente Ley".

En este caso, lo que comúnmente se ha dado en llamar certificado o constancia de posesión, es propiamente una certificación de la persona que figura como propietaria o poseedora del bien en el Registro municipal, sin que dicha certificación afecte el derecho de propiedad de su propietario, o que reconozca la posesión del solicitante, situación que deberá ser evaluado en conjunción con otras pruebas por parte del juez o del notario, que es la autoridad que finalmente resolverá la pertinencia o no de declarar fundada o infundada la demanda. Si el bien no figura en el registro o figura a nombre de otra persona, la autoridad municipal dará a conocer esta situación al administrado y no debe otorgar ninguna certificación.

De esta situación, surge también la limitación de que la municipalidad, al momento de emitir la certificación, pretenda evaluar si concurren los requisitos de posesión pacífica, pública o continua por un tiempo determinado, como un requisito previo para emitir el certificado; la comprobación de estos requisitos, como hemos dejado dicho, corresponde al juez y no a la autoridad municipal, la que se circunscribirá a emitir constancia de los datos que obran en su registro.

El D.Leg. N° 1089 y su Reglamento

El Decreto Legislativo N° 1089 - Decreto Legislativo que establece el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales, se declara de interés público nacional la formalización y titulación de predios rústicos y tierras eriazas habilitadas a nivel nacional, a cuyo efecto se crea un Régimen Temporal Extraordinario a cargo del Organismo de Formalización de la Propiedad Informal - Cofopri. Aunque fue un régimen temporal por 4 años, a partir de la publicación de su Reglamento, aprobado por D.S. N° 032-2008-VIVIENDA, del 14 de diciembre del 2008, merece la pena comentarse respecto de la atribución de las municipalidades para otorgar certificados de posesión.

La posesión continua, pacífica, pública y como propietario del predio rústico debe acreditarse a través de la presentación de por lo menos dos pruebas, las cuales deben contener datos de identificación del poseedor y del predio, cuando corresponda. Una de ellas es, necesariamente, alguna de las tres (3) declaraciones juradas escritas siguientes:

- a) De todos los colindantes o seis vecinos, que deberán estar ubicados en la misma localidad a la que pertenece el predio rural del cual es poseedor.
- b) De los comités, fondos u organizaciones representativas de los productores agrarios de la zona.
- c) De las Juntas de Usuarios o Comisiones de Regantes del respectivo Distrito de Riego.

En adición a una de las pruebas obligatorias antes citadas se debe acompañar **cualesquiera de los documentos que a continuación se detallan, los que constituyen pruebas complementarias del derecho de posesión:** "(...) 14) Constancia de posesión otorgada por la Agencia Agraria o **Municipalidad Distrital respectiva**" (el resaltado es nuestro).

Por lo tanto, en este caso, en el marco del Decreto Legislativo N° 1089, las municipalidades pueden otorgar certificados de posesión, pero como una prueba adicional y complementaria a las que deben presentar el interesado ante Cofopri. También en este caso, la municipalidad emitirá un certificado respecto de la persona que figura como propietario o poseedor del inmueble en su registro; de no estar registrado el predio, no podrá extender ningún certificado y le hará conocer al administrado dicha situación.

El certificado no afectará el derecho de propiedad de su titular, y debe ser evaluado por Cofopri en conjunto con las demás pruebas obligatorias. De esta situación, surge también la limitación de que la Municipalidad, al momento de emitir la certificación, pretenda evaluar si concurren los requisitos de posesión pacífica, pública o continua por un tiempo determinado, como un requisito previo para emitir el certificado; su función se circunscribe a emitir constancia de los datos que figuran en su registro.

ARTÍCULO 80.- SANEAMIENTO, SALUBRIDAD Y SALUD

Las municipalidades, en materia de saneamiento, salubridad y salud, ejercen las siguientes funciones:

1. Funciones específicas exclusivas de las municipalidades provinciales:
 - 1.1. Regular y controlar el proceso de disposición final de desechos sólidos, líquidos y vertimientos industriales en el ámbito provincial.
 - 1.2. Regular y controlar la emisión de humos, gases, ruidos y demás elementos contaminantes de la atmósfera y el ambiente.
2. Funciones específicas compartidas de las municipalidades provinciales:
 - 2.1. Administrar y reglamentar directamente o por concesión el servicio de agua potable, alcantarillado y desagüe, limpieza pública y tratamiento de residuos sólidos, cuando por economías de escala resulte eficiente centralizar provincialmente el servicio.
 - 2.2. Los procesos de concesión son ejecutados por las municipalidades provinciales del cercado y son coordinados con los órganos nacionales de promoción de la inversión, que ejercen labores de asesoramiento.
 - 2.3. Proveer los servicios de saneamiento rural cuando éstos no puedan ser atendidos por las municipalidades distritales o las de los centros poblados rurales, y coordinar con ellas para la realización de campañas de control de epidemias y sanidad animal.
 - 2.4. Difundir programas de saneamiento ambiental en coordinación con las municipalidades distritales y los organismos regionales y nacionales pertinentes.
 - 2.5. Gestionar la atención primaria de la salud, así como construir y equipar postas médicas, botiquines y puestos de salud en los centros poblados que los necesitan, en coordinación con las municipalidades distritales, centros poblados y los organismos regionales y nacionales pertinentes.

- 2.6. Realizar campañas de medicina preventiva, primeros auxilios, educación sanitaria y profilaxis local.
3. Funciones específicas exclusivas de las municipalidades distritales:
 - 3.1. Proveer del servicio de limpieza pública determinando las áreas de acumulación de desechos, rellenos sanitarios y el aprovechamiento industrial de desperdicios.
 - 3.2. Regular y controlar el aseo, higiene y salubridad en los establecimientos comerciales, industriales, viviendas, escuelas, piscinas, playas y otros lugares públicos locales.
 - 3.3. Instalar y mantener servicios higiénicos y baños de uso público.
 - 3.4. Fiscalizar y realizar labores de control respecto de la emisión de humos, gases, ruidos y demás elementos contaminantes de la atmósfera y el ambiente.
 - 3.5. Expedir carnés de sanidad.
4. Funciones específicas compartidas de las municipalidades distritales:
 - 4.1. Administrar y reglamentar, directamente o por concesión el servicio de agua potable, alcantarillado y desagüe, limpieza pública y tratamiento de residuos sólidos, cuando esté en capacidad de hacerlo.
 - 4.2. Proveer los servicios de saneamiento rural y coordinar con las municipalidades de centros poblados para la realización de campañas de control de epidemias y control de sanidad animal.
 - 4.3. Difundir programas de saneamiento ambiental en coordinación con las municipalidades provinciales y los organismos regionales y nacionales pertinentes.
 - 4.4. Gestionar la atención primaria de salud, así como construir y equipar postas médicas, botiquines y puestos de salud en los centros poblados que los necesiten, en coordinación con las municipalidades provinciales, los centros poblados y los organismos regionales y nacionales pertinentes.
 - 4.5. Realizar campañas locales sobre medicina preventiva, primeros auxilios, educación sanitaria y profilaxis.

CONCORDANCIAS:

Const.	Art. 195:8)
Ley N° 27972	Arts. 46, 74
Ley N° 27783	Arts. 41, 42, 43:d) h)
D.Leg. N° 613	Arts. 100 a 104
Ley N° 27314	Arts. 9, 10, 11
Ley N° 26842	Art. 81
D.S. N° 023-2005-VIVIENDA	Art. 1



COMENTARIO

Este artículo es concordante con el numeral 2.1 del art. 73 de la LOM, y desarrolla la competencia establecida en el art. 195, inc. 8 de la Constitución, que prescribe que los gobiernos locales son competentes para: “Desarrollar y regular actividades y/o servicios en materia de educación, salud, vivienda, saneamiento, medio ambiente, sustentabilidad de los recursos naturales, transporte colectivo, circulación y tránsito, turismo, conservación de monumentos arqueológicos e históricos, cultura, recreación y de deporte, conforme a ley”.

Por su parte, la Ley de Bases de Descentralización, en su art. 43 señala que la salud pública, la atención y administración de programas sociales y la gestión de residuos sólidos, son **competencias compartidas**, es decir, es aquella en la que intervenció dos o más niveles de gobierno.

Este artículo de la LOM establece las funciones específicas y responsabilidades de cada nivel provincial y distrital. Otros dispositivos de la LOM que tienen que ver con este tema son: decomiso de productos que atentan contra la salud (art. 48); clausura de establecimiento o servicios que atentan contra la salud (arts. 49 y 78); funciones en materia de salud de la Municipalidad Metropolitana de Lima como régimen especial (art. 161, inc. 5).

La competencia de los gobiernos locales en salud

Según la Organización Mundial de la Salud, se entiende por salud al estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de enfermedad o dolencia.

Para la ejecución de esta competencia por parte de los gobiernos locales, debe tenerse en cuenta la Ley N° 26842 - Ley General de Salud, cuyas líneas maestras en cuanto al manejo de la salud pública, son las siguientes:

- La autoridad de salud se organiza y se ejerce a nivel central, desconcentrado y descentralizado. La autoridad de salud la ejercen los órganos del Poder Ejecutivo y los órganos descentralizados de gobierno, de conformidad con las atribuciones que les confieren sus respectivas leyes de organización y funciones, leyes orgánicas o leyes especiales en el campo de la salud.
- La autoridad de salud de nivel nacional es el órgano especializado del Poder Ejecutivo que tiene a su cargo la dirección y gestión de la política nacional de salud y **actúa como la máxima autoridad normativa en materia de salud**.
- En aplicación y cumplimiento de las normas de salud que dicta la autoridad de salud de nivel nacional, los órganos desconcentrados o descentralizados **quedan facultados para disponer, dentro de su ámbito, medidas de prevención y control de carácter general o particular en las materias de su competencia**.
- El ejercicio descentralizado de competencias de control en materias de salud, no supone, **en ningún caso, el ejercicio de competencia normativa**, salvo estipulación en contrario de la propia ley. La delegación de competencias de control en materia de salud, no supone, en ningún caso, **la delegación de facultades normativas**.
- **No se podrá dictar normas que reglamentan leyes o que tengan jerarquía equivalente**, que incidan en materia de salud, sin el refrendo de la autoridad de salud de nivel nacional.
- Quedan sujetas a supervigilancia de la autoridad de salud de nivel nacional, las entidades públicas que por sus leyes de organización y funciones, leyes orgánicas o leyes especiales están facultadas para controlar aspectos sanitarios y ambientales. Asimismo, quedan sujetos a supervigilancia de la autoridad de salud de nivel nacional los colegios profesionales de las ciencias de la salud, únicamente en lo que se refiere a la vigilancia que estos realizan sobre las actividades que sus asociados efectúan en el ejercicio su profesión.

- En el uso de las atribuciones que le confieren la Ley General de Salud, las leyes orgánicas, las leyes de organización y funciones, otras leyes especiales y sus reglamentos, la autoridad de salud está facultada a disponer acciones de orientación y educación, practicar inspecciones en cualquier bien mueble o inmueble, tomar muestras y proceder a las pruebas correspondientes, recabar información y realizar las demás acciones que considere pertinentes para el cumplimiento de sus funciones, así como, de ser el caso, aplicar medidas de seguridad y sanciones.
- La autoridad de salud podrá solicitar el auxilio de la fuerza pública para asegurar el cumplimiento de las disposiciones y medidas que adopte en resguardo de la salud.

En consecuencia, **en materia de salud**, las municipalidades no ejercen competencia normativa, sus acciones se enmarcan dentro de las normas nacionales y regionales sobre la materia, y están sujetas a la supervigilancia de la autoridad nacional de salud. Por supuesto, que esta prohibición normativa, se refiere a que la municipalidad no puede establecer política de salud o modificar las existentes, pero no le impide dictar normas para regular aquellas funciones que le son propias, de acuerdo al presente artículo. Esta característica de la competencia en materia de salud, se percibe claramente en la LOM cuando faculta a las municipalidades provinciales y distritales gestionar la atención primaria de salud, así como construir y equipar postas médicas, botiquines y puestos de salud, en coordinación con los organismos regionales y nacionales pertinentes.

Otra obligación específica que la Ley General de Salud exige a los gobiernos locales, es la establecida en su art. 81, que señala: “Las autoridades administrativas, municipales, militares y policiales, así como los particulares, están obligados a prestar el apoyo requerido por la Autoridad de Salud para controlar la propagación de enfermedades transmisibles en los lugares del territorio nacional en los que estas adquieran características epidémicas graves”.

Los doctores Lucía Llosa y Eduardo Zárate, realizan un planteamiento basado en tres ejes, para una eficaz política municipal en materia de salud, que se mantiene plenamente vigente, sobre todo para su ejecución en los sectores populares, donde los problemas de salud deben ser atacados con suma urgencia, a través de políticas coordinadas entre la población, los gobiernos locales, gobiernos regionales y el gobierno central⁽¹³⁴⁾. Los tres ejes fundamentales, partiendo de las competencias y funciones establecidas en la LOM en materia de salud, son:

“1. **Participación vecinal:** por los arts. 10, 79 y 80 de la LOM, se reconoce la participación de los vecinos en el gobierno local, a través de las Juntas de Vecinos como órganos de control y los Comités Comunales como órganos de consulta y apoyo, siendo obligación del Municipio, promover la participación vecinal;

2. **Salud:** Los arts. 65, 66, 76 y 119 de la LOM establece que los gobiernos locales deben promover acciones de saneamiento y medicina preventiva, construir postas médicas, botiquines y puestos de primeros auxilios, clausurar locales que producen olores o humos perjudiciales para la salud;

(134) LLOSA, Lucía y ZÁRATE, Eduardo. “Gobiernos locales y salud”. En: *El Poder Municipal*. Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, Lima, 1986, p. 152.

3. Educación en salud: Los arts. 62 y 66 de la LOM demandan a los Municipios la obligación de planificar, ejecutar e impulsar acciones para satisfacer las necesidades vitales de vivencia, salubridad y educación, encargándoles también realizar programas de medicina preventiva, educación sanitaria y educación ambiental”.

La referencia normativa es a la Ley Orgánica de Municipalidades derogada (Ley N° 23853), en la actual LOM véanse los arts. 49, 73, 78, 80 y 113, que regulan las mismas materias en cuanto a competencia municipal.

Es meritorio resaltar la referencia que hacen los autores a la participación ciudadana, como componente esencial de su propuesta, ya que generalmente no se considera como parte de la planificación municipal en temas de salud, y que nos parece un elemento importante a tener en cuenta por parte de los gobiernos locales.

Servicios de saneamiento

Los servicios de saneamiento se regulan por el TUO de la Ley N° 26338 - Ley General de Servicios de Saneamiento (aprobado por D.S. N° 023-2005-VIVIENDA), y su Reglamento - D.S. N° 009-95-PRES, la Ley N° 28870 - Ley para optimizar la Gestión de las Entidades Prestadoras de Servicios de Saneamiento y la Ley N° 30045 - Ley de Modernización de los Servicios de Saneamiento.

De acuerdo con la Ley General la prestación de los Servicios de Saneamiento comprende la prestación regular de: servicios de agua potable, alcantarillado sanitario y pluvial y disposición sanitaria de excretas, tanto en el ámbito urbano como en el rural.

Las municipalidades provinciales son responsables de la prestación de los servicios de saneamiento y en consecuencia, les corresponde otorgar el derecho de explotación a las entidades prestadoras, de conformidad con las disposiciones establecidas en la Ley General y su Reglamento; y los servicios de saneamiento deben ser prestados por entidades públicas, privadas o mixtas, a quienes en adelante se les denominará “entidades prestadoras”, constituidas con el exclusivo propósito de prestar los servicios de saneamiento, debiendo estas poseer patrimonio propio y gozar de autonomía funcional y administrativa; señalan los arts. 5 y 6 de la Ley General. Por lo tanto, el ámbito geográfico mínimo de una Entidad Prestadora de Servicios es el ámbito provincial, no pudiendo por tanto una municipalidad distrital crear una Entidad Prestadora de Servicios u otorgar concesión en materia de prestación de servicios de saneamiento. Cuando una o más municipalidades distritales deseen entregar en concesión los servicios de saneamiento a una EPS privada o mixta, les corresponderá a aquellas otorgar el derecho de explotación, previa delegación de la municipalidad provincial correspondiente.

El contrato de concesión es el instrumento legal celebrado por el concedente o concedentes (municipalidad provincial o regional), de ser el caso, con la entidad prestadora privada o mixta, de conformidad con lo establecido en el D.S. N° 059-96-PCM - Texto Único Ordenado de las normas con rango de ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, normas reglamentarias y modificatorias; y el Contrato de explotación, es el instrumento legal celebrado por una o más municipalidades provinciales con la entidad prestadora municipal o por el Gobierno nacional con la entidad prestadora pública, que define las condiciones de otorgamiento del derecho de explotación total o parcial de uno o más servicios de saneamiento, así como las obligaciones y derechos de cada una de las partes.

Por su parte, la Ley N° 30045 - Ley de Modernización de los Servicios de Saneamiento, publicada el 18 de junio de 2013, que tiene por objeto establecer medidas orientadas al incremento de la cobertura y al aseguramiento de la calidad y la sostenibilidad de los servicios de saneamiento a nivel nacional, promoviendo el desarrollo, la protección ambiental y la inclusión social, ha establecido cuatro principios de la modernización que los gobiernos locales deben tener en cuenta, como marco de acción, al momento de determinar cualquier acto relacionado al servicio de saneamiento; estos principios son:

- a) **Acceso universal.** Es derecho de la población tener acceso a servicios de saneamiento sostenibles y de calidad; y es obligación del Estado proveerlos a través de los prestadores de servicios a que se refiere la Ley N° 26338, Ley General de Servicios de Saneamiento.
- b) **Inclusión social.** Los planes, programas y actuaciones del Estado en todos sus niveles deben enmarcarse en la política de promoción del desarrollo e inclusión social, incidiendo especialmente en la reducción de la brecha de infraestructura de servicios de saneamiento y el acceso de la población de escasos recursos, en particular de las zonas rurales, a dichos servicios en adecuadas condiciones de calidad y sostenibilidad.

Los gobiernos regionales y locales promueven el desarrollo de los programas de asistencia técnica a través del financiamiento de estos, como complemento al financiamiento de obras de infraestructura en el ámbito rural, sin perjuicio de la integración promovida en virtud de la presente ley.

- c) **Protección del ambiente.** El Estado, en todos sus niveles, es responsable por la gestión sostenible de los recursos hídricos en concordancia con las normas ambientales. Las entidades prestadoras de servicios de saneamiento y la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (Sunass) deben establecer en el Plan Maestro Optimizado, mecanismos de compensación ambiental y manejo de cuencas.
- d) **Autonomía empresarial.** Corresponde a las entidades prestadoras de servicios de saneamiento, en el marco del derecho de explotación otorgado por las municipalidades provinciales, la competencia exclusiva para la gestión de los servicios de saneamiento, así como el diseño y la ejecución de los proyectos en su ámbito de influencia, sujetando su gestión a las normas aplicables a las políticas, planes y lineamientos aprobados por el ente rector, en concordancia con los planes de desarrollo urbano y ordenamiento territorial provincial, a cargo de los gobiernos locales.
- e) **Eficiencia.** La organización de los servicios debe promover el incremento permanente de los niveles de eficiencia privilegiando el aprovechamiento de economías de escala, aplicación de tecnologías y modernización de la gestión.

Esta Ley establece también las competencias de cada uno de los niveles de gobierno, los cuales son:

- 1. **Ente rector.** El Gobierno nacional, a través del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, es el ente rector del sector saneamiento, correspondiéndole diseñar, normar y ejecutar la política nacional y las acciones del sector en materia de servicios de saneamiento. Aprueba la regulación reglamentaria sectorial y el Plan Nacional de Saneamiento, asigna recursos y los transfiere

a las entidades prestadoras de servicios de saneamiento y, eventualmente, a los gobiernos regionales y locales, a fin de que ejecuten proyectos de inversión en saneamiento. Está facultado para ejecutar proyectos a través del Programa Nacional de Saneamiento Urbano y el Programa Nacional de Saneamiento Rural y para promover asociaciones público-privadas en el sector, en el ámbito de su competencia.

- 2. Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS).** Conforme a sus funciones propias como organismo regulador y a las competencias establecidas en el Texto Único Ordenado del Reglamento de la Ley General de Servicios de Saneamiento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 023-2005-VIVIENDA, la Sunass ejerce función normativa, reguladora, supervisora, fiscalizadora, sancionadora y de solución de controversias respecto a la regulación tarifaria y calidad de la prestación de los servicios de saneamiento en el ámbito de las entidades prestadoras de servicios de saneamiento.
- 3. Organismo Técnico de la Administración de los Servicios de Saneamiento (OTASS).** Es el encargado de cautelar la correcta ejecución de la política del Estado en materia de administración para la prestación de los servicios de saneamiento de las entidades prestadoras de servicios de saneamiento.
- 4. Gobiernos regionales.** Apoyan técnica y financieramente a los gobiernos locales en la prestación de los servicios de saneamiento.
- 5. Gobiernos locales.** El proceso de planeación local es de competencia exclusiva de los gobiernos locales, de acuerdo con el artículo IX del Título Preliminar de la LOM. En concordancia con ella, los gobiernos locales aprueban dentro de su jurisdicción los planes de acondicionamiento territorial, planes de desarrollo urbano y rural y demás instrumentos referidos a la organización del espacio físico y uso del suelo. Aprueban los planes de desarrollo municipal concertados y los presupuestos participativos con carácter orientador de la inversión, para la adecuada asignación y ejecución de los recursos municipales del desarrollo integral, sostenible y armónico de su circunscripción. Asimismo, los gobiernos locales administran los bienes de dominio público adscritos a la prestación del servicio y son responsables por la asignación de recursos para el financiamiento de inversiones en materia de infraestructura de saneamiento, a través de su inclusión en los planes de desarrollo municipal concertados y el presupuesto participativo local, en concordancia con las responsabilidades asignadas por la Ley N° 26338 - Ley General de Servicios de Saneamiento, y la Ley N° 27972 - Ley Orgánica de Municipalidades.

Un caso específico resuelto por el TC

Con respecto a un relleno sanitario, el TC resolvió un conflicto surgido entre la Municipalidad Provincial de Arequipa y la Municipalidad Distrital de Yura, donde se evidencia, en este tema, los límites del ejercicio de una competencia provincial con respecto a la distrital. En la STC Exp. N° 0027-2007-PI/TC, se dilucida el caso siguiente: el alcalde de la Municipalidad Provincial de Arequipa plantea la demanda de inconstitucionalidad contra la Ordenanza Municipal N° 005-2007-MDY emitida por la Municipalidad Distrital de Yura, que prohíbe la instalación de un Relleno Sanitario en el sector denominado Quebrada Honda de Pampa Ispampa, jurisdicción del distrito de Yura, manifestando que los Gobiernos Locales gozan de autonomía administrativa,

económica y política en los asuntos de su competencia y dentro del ámbito de su territorio, y que la Ley Orgánica de Municipalidades otorga competencia exclusiva a las Municipalidades Provinciales para aprobar el Plan de Acondicionamiento Territorial de nivel provincial que identifique las áreas urbanas y de expansión urbana, así como las áreas de protección o de seguridad por riesgos naturales, las áreas agrícolas y las áreas de conservación ambiental; igualmente la organización del espacio físico y determinar el uso de los suelos, por lo que la norma cuestionada afecta dicha competencia exclusiva, debiendo tenerse presente, además, que dicho terreno es de propiedad de la Municipalidad Provincial de Arequipa. El alcalde de la Municipalidad Distrital de Yura contesta la demanda señalando que la referida ordenanza no pretende discutir la competencia de la municipalidad demandante, sino únicamente proteger las condiciones del medio ambiente dentro de su jurisdicción, así como ejercer su facultad de determinar, siempre dentro de su jurisdicción, las áreas de acumulación de desechos, rellenos sanitarios y el aprovechamiento industrial de desperdicios, conforme lo establece la Ley Orgánica de Municipalidades en lo referido a las funciones exclusivas de las municipalidades distritales en materia de saneamiento, salubridad y salud. De igual manera, expresa que pese a sus requerimientos, la demandante no ha sido capaz de garantizar que el relleno sanitario que se pretende instalar no deteriorará gravemente el medio ambiente, así como no ha cumplido con efectuar las coordinaciones respectivas con el Consejo Nacional de Ambiente o el sector salud, tal como se encuentra establecido en la Ley General de Residuos Sólidos. El TC resuelve como sigue:

“15. Por lo tanto, si bien el artículo 80.3.3.1 de la Ley Orgánica de Municipalidades otorga facultad a las municipalidades distritales para determinar las áreas que han de ser utilizadas como relleno sanitario, dicha atribución debe ejercerla de conformidad con el artículo 79.1.1.1 de la mencionada ley, la cual otorga competencia exclusiva a las municipalidades provinciales para aprobar el Plan de Acondicionamiento Territorial. Consecuentemente, queda claro que las municipalidades distritales pueden determinar las áreas de relleno sanitario dentro de su jurisdicción, pero deben hacerlo de acuerdo a lo aprobado en el Plan de Acondicionamiento Territorial que desarrollan las municipalidades provinciales.

16. Si bien es cierto, a fojas 88 corre el Certificado de Zonificación y Vías N° 049-2008-MPA/GDU/SGAHC, mediante el cual el Subgerente de Asentamientos Humanos de la Municipalidad Provincial de Arequipa certifica que dicha área se encuentra zonificada como Zona de Relleno Sanitario Sector Norte (UE-C) de acuerdo al Plan de Desarrollo Urbano de Arequipa aprobado mediante Ordenanza Municipal N° 160 del año 2002 y su adecuación al Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano, aprobado por Ordenanza Municipal N° 495-2007-MPA; sin embargo, la Municipalidad Distrital de Yura ha incorporado a los autos una copia simple de la Resolución Municipal N° 489-R, del 26 de mayo de 1989, expedida por la Municipalidad Provincial de Arequipa, cuyo artículo 1 declara la ‘Planificación Municipal denominada ‘Pampa Islampa’, para el establecimiento de Asentamientos Poblacionales con fines de Vivienda Taller y Zona Reglamentaria Especial’; mientras que su artículo 4 enumera los asentamientos humanos comprendidos en dicha planificación municipal.

(...)

18. Siendo ello así, el Tribunal Constitucional estima que la norma objeto de control no trasgrede la autonomía de la municipalidad provincial demandante

por cuanto la prohibición de instalación de un Relleno Sanitario, en el sector denominado Quebrada Honda de Pampa Ispampa, decretada por la ordenanza municipal impugnada, obedece a la salvaguarda del derecho a un medio ambiente equilibrado de los moradores de los asentamientos humanos de los alrededores, los que incluso han sido reconocidos como tales en la referida Resolución Municipal N° 489-R expedida por la propia comuna provincial”.

De lo que se desprende que el ejercicio de una competencia provincial no es absoluta sino que tiene que ejercerse con sujeción a otros dispositivos, como en este caso la protección del medio ambiente, o con sujeción a sus propias normas, caso de la resolución que reconocía a dicho sector como destinado para fines de vivienda.

ARTÍCULO 81.- TRÁNSITO, VIALIDAD Y TRANSPORTE PÚBLICO

Las municipalidades, en materia de tránsito, vialidad y transporte público, ejercen las siguientes funciones:

1. Funciones específicas exclusivas de las municipalidades provinciales:
 - 1.1. Normar, regular y planificar el transporte terrestre, fluvial y lacustre a nivel provincial.
 - 1.2. Normar y regular el servicio público de transporte terrestre urbano e interurbano de su jurisdicción, de conformidad con las leyes y reglamentos nacionales sobre la materia.
 - 1.3. Normar, regular, organizar y mantener los sistemas de señalización y semáforos y regular el tránsito urbano de peatones y vehículos.
 - 1.4. Normar y regular el transporte público y otorgar las correspondientes licencias o concesiones de rutas para el transporte de pasajeros, así como regular el transporte de carga e identificar las vías y rutas establecidas para tal objeto.
 - 1.5. Promover la construcción de terminales terrestres y regular su funcionamiento.
 - 1.6. Normar, regular y controlar la circulación de vehículos menores motorizados o no motorizados, tales como taxis, mototaxis, triciclos, y otros de similar naturaleza.
 - 1.7. Otorgar autorizaciones y concesiones para la prestación del servicio público de transporte provincial de personas en su jurisdicción.
 - 1.8. Otorgar certificado de compatibilidad de uso, licencia de construcción, certificado de conformidad de obra, licencia de funcionamiento y certificado de habilitación técnica a los terminales terrestres y estaciones de ruta del servicio de transporte provincial de personas de su competencia, según corresponda.
 - 1.9. Supervisar el servicio público de transporte urbano de su jurisdicción, mediante la supervisión, detección de infracciones, imposición de sanciones y ejecución de ellas por incumplimiento de las normas o disposiciones que regulan dicho servicio, con el apoyo de la Policía Nacional asignada al control de tránsito.
 - 1.10. Instalar, mantener y renovar los sistemas de señalización de tránsito en su jurisdicción, de conformidad con el reglamento nacional respectivo.
2. Funciones específicas compartidas de las municipalidades provinciales:
 - 2.1. Controlar, con el apoyo de la Policía Nacional, el cumplimiento de las normas de tránsito y las de transporte colectivo; sin perjuicio de las funciones sectoriales de nivel nacional que se deriven de esta competencia compartida, conforme a la Ley de Bases de la Descentralización.

- 2.2. Organizar la señalización y nomenclatura de vías, en coordinación con las municipalidades distritales.
 - 2.3. Ejercer la función de supervisión del servicio público de transporte provincial de su competencia, contando con el apoyo de la Policía Nacional asignada al control del tránsito.
 - 2.4. Instalar, mantener y renovar los sistemas de señalización de tránsito en su jurisdicción y establecer la nomenclatura de vías, en coordinación con las municipalidades distritales.
3. Funciones específicas compartidas de las municipalidades distritales:
- 3.1. Establecer la nomenclatura y señalización de calles y vías de acuerdo con la regulación provincial y en coordinación con la municipalidad provincial.
 - 3.2. Otorgar licencias para la circulación de vehículos menores y demás, de acuerdo con lo establecido en la regulación provincial.
-

CONCORDANCIAS:

Const.	Art., 195:8)
Ley N° 27972	Arts. 9, 73, 74
Ley N° 27181	Art. 1
Ley N° 27783	Arts. 41, 42, 43:g)



COMENTARIO

Este artículo es concordante con el art. 73, numeral 2.2. y desarrolla la competencia municipal establecida en el art. 195, inc. 8 de la Constitución Política del Estado, que señala que los gobiernos locales son competentes para desarrollar y regular actividades y servicios en materia de transporte colectivo, circulación y tránsito. Competencia que la Ley de Bases de la Descentralización, lo califica como **compartida** en su art. 43.

Otros artículos de la LOM sobre esta materia: ejecutar directamente o concesionar la ejecución de las obras de infraestructura urbana o rural de carácter multi-distrital que sean indispensables para el transporte (art. 79, numerales 2.1 y 4.1.); disponer la nomenclatura de avenidas, jirones, calles, pasajes, parques, plazas, y la numeración predial (art. 79, numeral 3.4); facultad del concejo metropolitano para planes y programas en transporte (art. 157, numeral 12); regular el funcionamiento del transporte público, la circulación y el tránsito metropolitano (art. 157, numeral 21); competencia de la Municipalidad Metropolitana de Lima en materia de transportes (art. 161, numeral 7); mantener el sistema metropolitano de señalización del tránsito (art. 161, numeral 5).

Tránsito y vialidad

Se entiende por **tránsito** el conjunto de desplazamiento de personas, vehículos y animales por las vías terrestres de uso público (circulación). Por **vialidad**, el conjunto de servicios pertenecientes a las vías. Vía, es la carretera, urbana o camino rural abierto a la circulación pública de vehículos y/o peatones y también de animales. **Vía de acceso restringido**, donde los vehículos y las personas solo tienen la oportunidad de ingresar o salir de ella, por los lugares y bajo las condiciones estipuladas por la autoridad competente. **Vía privada**, es la destinada al uso particular. **Vía pública**, es la

de uso público, sobre la cual la autoridad competente impone restricciones y otorga concesiones, permisos y autorizaciones. **Vía urbana**, aquella dentro del ámbito urbano, destinada a la circulación de vehículos y peatones y eventualmente de animales (calles). Por **transporte**, actividad por la cual se realiza el traslado de personas o mercancías por vía terrestre, fluvial y lacustre.

Para la ejecución de esta competencia debe tenerse en cuenta la Ley General de Transporte y Tránsito - Ley N° 27181, que establece como objetivo central en esta materia que la acción estatal se orienta a la satisfacción de las necesidades de los usuarios y al resguardo de sus condiciones de seguridad y salud, así como a la protección del ambiente y la comunidad en su conjunto. En cuanto al papel de los gobiernos locales, establece las siguientes líneas maestras:

Ámbito normativo del MTC

- a) La competencia normativa consiste en la potestad de dictar los reglamentos que rigen en los distintos niveles de la organización administrativa nacional. Aquellos de carácter general que rigen en todo el territorio de la República y que son de observancia obligatoria por todas las entidades y personas de los sectores público y privado, incluyendo a las autoridades del Poder Ejecutivo, sus distintas entidades y los gobiernos regionales o locales, serán de competencia exclusiva del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción.

Ámbito normativo de los gobiernos locales

- b) Los gobiernos locales emiten las normas complementarias para la aplicación de los reglamentos nacionales dentro de su respectivo ámbito territorial y de sus competencias, sin transgredir ni desnaturalizar la presente Ley ni los reglamentos nacionales.

Autoridades competentes

- c) Son autoridades competentes respecto del transporte y tránsito terrestre según corresponda:
 - El Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción;
 - Las municipalidades provinciales
 - Las municipalidades distritales
 - La Policía Nacional del Perú; y
 - El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - Indecopi.

De acuerdo a la Ley General de Transporte y Tránsito, toda persona natural o jurídica, pública o privada, queda sujeta a una sola autoridad competente en cada caso. En consecuencia: a) no debe existir duplicidad de trámites administrativos para la consecución de un mismo fin; y b) no se puede sancionar una misma infracción a las normas por dos autoridades distintas.

Sin embargo sí se puede sancionar varias infracciones derivadas de un solo hecho, siempre que no transgredan las competencias establecidas en la ley y en los reglamentos nacionales.

En los casos que existan conflictos de competencia entre distintas autoridades de transporte o de tránsito terrestre, la controversia será dirimida por el Tribunal Constitucional, de acuerdo a su Ley Orgánica, salvo que las partes en conflicto acuerden someterse a un arbitraje.

Todas las competencias antes mencionadas deben ser concordadas con el Reglamento Nacional de Tránsito (D.S. N° 033-2001-MTC).

Pese a las disposiciones legales y reglamentarias, y a la acción coordinada del Ministerio de Transportes, gobiernos regionales, municipalidades, Policía Nacional del Perú e Indecopi, el sector atraviesa por una profunda crisis caracterizada entre otros aspectos por el desorden generalizado, elevado grado de contaminación ambiental ocasionado por el deteriorado y excesivo parque automotor, ruidos molestos, gastos elevados de transporte, tiempo excesivo en el traslado de una zona a otra, áreas congestionadas, maltrato a los usuarios por parte de quienes prestan el servicio, transgresión constante de los reglamentos y disposiciones, etc. Problemas que se agudizan, por razones evidentes, en el caso de la ciudad de Lima.

Competencias de las municipalidades provinciales

d) Las municipalidades provinciales, en su respectiva jurisdicción y de conformidad con las leyes y los reglamentos nacionales, tienen las siguientes competencias en materia de transporte y tránsito terrestre:

Competencias normativas

- Emitir normas y disposiciones, así como realizar los actos necesarios para la aplicación de los reglamentos nacionales dentro de su respectivo ámbito territorial.
- Jerarquizar la red vial de su jurisdicción y administrar los procesos que de ellos deriven, en concordancia con los reglamentos nacionales correspondientes.
- Declarar, en el ámbito de su jurisdicción, las áreas o vías saturadas por concepto de congestión vehicular o contaminación, en el marco de los criterios que determine el reglamento nacional correspondiente.

Competencias de gestión

- Implementar y administrar los registros que los reglamentos nacionales establezcan.
- Dar en concesión, en el ámbito de su jurisdicción, los servicios de transporte terrestre en áreas o vías que declaren saturadas; así como otorgar permisos o autorizaciones en áreas o vías no saturadas, de conformidad con los reglamentos nacionales respectivos.
- Dar en concesión la infraestructura vial nueva y existente, dentro de su jurisdicción, en el marco de lo establecido por la normativa sobre la materia.
- Regular las tasas por el otorgamiento de permisos o autorizaciones de uso de infraestructura en áreas o vías no saturadas, de acuerdo a las normas previstas en el reglamento nacional respectivo.

- Cobrar a las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que con motivo de la realización de obras interfieran la normal operación del tránsito, según lo dispuesto en el correspondiente reglamento nacional.
- Recaudar y administrar los recursos provenientes del pago de multas por infracciones de tránsito.
- Instalar, mantener y renovar los sistemas de señalización de tránsito en su jurisdicción, conforme al reglamento nacional respectivo.
- Construir, rehabilitar, mantener o mejorar la infraestructura vial que se encuentre bajo su jurisdicción.

Competencias de fiscalización

- Supervisar, detectar infracciones e imponer sanciones por incumplimiento de los dispositivos legales vinculados al transporte y al tránsito terrestre.
- Fiscalizar las concesiones de infraestructura vial que otorgue la municipalidad provincial en su respectiva jurisdicción, en concordancia con los reglamentos nacionales.

Régimen de gestión común

- e) Cuando dos ciudades o áreas urbanas pertenecientes a provincias contiguas conforman un área urbana continua que requiere una gestión conjunta del transporte y tránsito terrestre, las municipalidades correspondientes deben establecer un régimen de gestión común. De no establecerse dicho régimen, cualquiera de las municipalidades puede solicitar una solución arbitral. Si ninguna de las municipalidades solicita el arbitraje o alguna de ellas se niega a someterse a este procedimiento, corresponde al Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción establecer el régimen de gestión común. La inexistencia del régimen común a que se refiere el párrafo precedente no faculta a la municipalidad a otorgar permisos, autorizaciones o concesiones en ámbitos territoriales fuera de su jurisdicción.

En el caso en que dos distritos contiguos requieran una gestión conjunta de transporte y tránsito terrestre, las municipalidades correspondientes deben establecer un régimen de gestión común. En caso de no establecerse dicho régimen corresponde a la municipalidad provincial fijar los términos de gestión común. La inexistencia del régimen común a que se refiere el párrafo precedente no faculta a la municipalidad a otorgar permisos, autorizaciones o concesiones en ámbitos territoriales fuera de su jurisdicción.

Competencias de las municipalidades distritales

- f) Las Municipalidades Distritales ejercen las siguientes competencias:
- **En materia de transporte:** en general, las que los reglamentos nacionales y las normas emitidas por la Municipalidad Provincial respectiva les señalen y en particular, la regulación del transporte menor (mototaxis y similares).
 - **En materia de tránsito:** la gestión y fiscalización, dentro de su jurisdicción, en concordancia con las disposiciones que emita la municipalidad provincial respectiva y los reglamentos nacionales pertinentes.

- **En materia de vialidad:** la instalación, mantenimiento y renovación de los sistemas de señalización de tránsito en su jurisdicción, conforme al reglamento nacional respectivo. Asimismo, son competentes para construir, rehabilitar, mantener o mejorar la infraestructura vial que se encuentre bajo su jurisdicción.

Competencias de la PNP

- g) La Policía Nacional del Perú es la autoridad responsable de fiscalizar el cumplimiento de las normas de tránsito por parte de los usuarios de la infraestructura vial y de los prestadores de servicios de transporte, brindando el apoyo de la fuerza pública a las autoridades competentes. Asimismo, presta apoyo a los concesionarios a cargo de la administración de infraestructura de transporte de uso público, cuando le sea requerido.

Competencias de Indecopi

- h) Son aplicables en materia de transporte y tránsito terrestre las normas generales sobre protección al consumidor, siendo entre competente para la supervisión de su cumplimiento la Comisión de Protección al Consumidor del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual –Indecopi– el que deberá velar por la permanencia de la idoneidad de los servicios y por la transparencia de la información que se brinde a los consumidores, sin perjuicio de las facultades de fiscalización y sanción que corresponden a las autoridades de transporte. Asimismo el Indecopi está facultado según sus propias normas a aplicar la legislación de acceso al mercado, libre y leal competencia, supervisión de la publicidad y demás normativa del ámbito de su competencia.

Algunos casos resueltos por TC

De conformidad con el numeral 2.2 del art. 73 de la LOM, el servicio de transporte es un servicio público local y por tanto las municipalidades ejercen un rol supervisor especial. Conflictos recurrentes se presentan entre las entidades municipales y los transportistas, por cuanto la emisión de normas reguladoras son entendidas prima facie como atentatorias de sus derechos constitucionales a la legalidad, al trabajo, a la libertad de empresa y al pluralismo económico.

El TC ha establecido algunos parámetros legales en el ejercicio de esta facultad. Veamos algunos casos específicos: en la STC Exp. N° 01739-2008-PA/TC, una empresa de transportes interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Provincial de Coronel Portillo, con el objeto de que se declare inaplicable una ordenanza municipal por medio de la cual se restringe el ingreso de camiones pesados y ómnibus al centro de la ciudad, disponiéndose además que las empresas de transporte que tengan sus terminales en el perímetro urbano sean reubicadas indefectiblemente en el eje de la carretera Federico Basadre a partir del Km 4. El TC resuelve:

“12. En el caso de autos, la emplazada justifica la imposición de las restricciones dispuestas por la norma impugnada aduciendo que el tránsito de vehículos pesados –tales como los buses para el transporte provincial e interprovincial de pasajeros–, por el centro de la ciudad implica un riesgo para la integridad física de los ciudadanos, lo cual se encuentra acreditado por las conclusiones de la Comisión Técnica Mixta Provincial de Tránsito, a las que hace referencia la Ordenanza Municipal N° 009-2007-MPCP en su parte considerativa.

13. Por medio del juicio de necesidad, se examina si dentro del universo de medidas que puede aplicar la Administración para lograr el fin propuesto, la medida adoptada es la menos restrictiva de derechos. La Ordenanza también cumple con este criterio, ya que si bien impide que el transporte pesado pueda transitar por el perímetro urbano, plantea previamente una reubicación, que permitirá que las empresas podrán desarrollar su labor adecuadamente y en armonía con otros bienes constitucionales.

14. A través del juicio de proporcionalidad en sentido estricto, se persigue establecer si la medida guarda una relación razonable con el fin que se pretende alcanzar, a través de un balance entre sus costos y sus beneficios. En el caso de autos, si bien se advierte una restricción de la libertad de empresa de la demandante, en cuanto no puede elegir libremente por donde pueden transitar sus buses, esto se justifica en la protección y promoción de otros bienes constitucionales, como son los urbanísticos, de servicio público y de protección de la integridad de los ciudadanos.

15. Y es que como se aprecia en el artículo 59 de la Constitución, los derechos constitucionales a la libertad de empresa y a la libertad de trabajo deben ser ejercidos respetando la moral, la salud y la seguridad públicas.

Por todo ello, queda acreditado que la norma impugnada tiene su fundamento en un bien de relevancia constitucional –la seguridad pública–, en aras de resguardar a los ciudadanos de Pucallpa de circunstancias de inminente peligro a su integridad física y psíquica [artículo 2, inciso 1), de la Constitución]. Asimismo, este Colegiado considera que es una medida necesaria y ponderada en favor de los bienes constitucionales detallados anteriormente”.

No obstante, emite las siguientes recomendaciones:

“17. Corresponde a la empresa demandante, al haber elegido en plena libertad la actividad para su giro comercial, respetar de manera estricta el marco normativo para su realización. Lo cual no es óbice para que la Municipalidad, en la implementación de la ordenanza impugnada, se conduzca conforme a criterios de razonabilidad, garantizando para ello un traslado y reubicación del terminal de transporte terrestre que sea respetuoso de los derechos de la recurrente y de las disposiciones municipales aprobadas para dichos efectos”.

Otro tema es con respecto a los requisitos que las municipalidades exigen para la prestación del servicio taxi, como el color amarillo de los vehículos. STC Exp. N° 0245-2006-AA:

“Así, en la sentencia recaída en el Exp. N° 00141-2002-AA/TC se precisó que ‘(...) el color uniforme del vehículo, la autorización correspondiente del mismo y del chofer otorgada por la autoridad competente, la identificación de la empresa de ser el caso, permiten que la comunidad tenga acceso a la información necesaria para hacer uso de este servicio y que las autoridades policiales y municipales controlen y prevengan los actos que puedan atentar contra la seguridad ciudadana como consecuencia del aprovechamiento de la inacción de las autoridades. En consecuencia, desde la perspectiva del fin que se persigue, no resulta irrazonable la medida adoptada’.

Por ello, siendo consecuente con la jurisprudencia, entendida no en sentido restringido como el conjunto de decisiones reiteradas y uniformes sino en sentido amplio de decisión que inicia y delimita la postura del Tribunal Constitucional, considero que la Ordenanza N° 111 es una norma razonable, porque según sus propios considerandos tiene por finalidad preservar el orden y la seguridad en la vía pública de la ciudad de Arequipa”.

Otro aspecto que también resolvió el TC (Exp. N° 0027-2010-AI), fue la demanda de inconstitucionalidad de la Ordenanza Municipal N° 06-2009-MPJ, emitida por la Municipalidad Provincial de Jaén, por considerar que vulnera los artículos 43 y 118, incisos 1, 3 y 8 de la Constitución, excede el marco competencial asignado por la Constitución y las leyes orgánicas a los gobiernos locales, y menoscaba la política nacional en materia de tránsito y transporte terrestre. Refiere que de acuerdo al ordenamiento jurídico nacional, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones tiene la competencia para regular el transporte y el tránsito terrestre a nivel nacional, tal como lo ha hecho al emitir el Texto Único Ordenado del Reglamento Nacional de Tránsito –Código de Tránsito– y el Reglamento Nacional de Inspecciones Técnicas Vehiculares. No obstante, dicha competencia ha sido menoscabada por la ordenanza municipal impugnada al aprobar normas complementarias al Reglamento Nacional de Tránsito, supliendo actos administrativos y de gobierno emitidos por el Poder Ejecutivo. Manifiesta que el Texto Único Ordenado del Reglamento Nacional de Tránsito establece que en materia de tránsito terrestre, las municipalidades provinciales en su respectiva jurisdicción y de conformidad con el citado reglamento, tienen competencia para emitir normas y disposiciones complementarias necesarias para la aplicación del Reglamento Nacional de Tránsito dentro de su respectivo ámbito territorial. Aduce que la Ley N° 29237 –Ley que crea el Sistema Nacional de Inspecciones Técnicas Vehiculares–, establece que es competencia exclusiva del Ministerio de Transportes y Comunicaciones normar y gestionar el Sistema Nacional de Inspecciones Técnicas Vehiculares en el ámbito nacional, así como fiscalizar y sancionar a los Centros de Inspección Técnica Vehicular. El TC resuelve fundada la demanda, basada en los siguientes razonamientos:

“§3. ¿Son competentes los gobiernos locales provinciales para establecer reglas para la inspección técnica vehicular de vehículos menores?

(...)

12. En ejercicio de su competencia exclusiva en el diseño de políticas nacionales y sectoriales de desarrollo, el gobierno nacional expidió la Ley N° 29237, que creó el Sistema Nacional de Inspecciones Técnicas Vehiculares, ‘con el objeto de garantizar la seguridad del transporte y tránsito terrestre, y las condiciones ambientales saludables’ (artículo 1), precisando que dicho sistema ‘comprende al territorio de la República y alcanza a todos los vehículos automotores que circulan por las vías públicas terrestres’ (artículo 2). Asimismo, en el artículo 3 de esta ley se establece con meridiana claridad lo siguiente:

‘El Ministerio de Transportes y Comunicaciones es el órgano rector en materia de transportes y tránsito terrestre. Es la entidad del Estado que tiene **competencia exclusiva** para normar y gestionar el Sistema Nacional de Inspecciones Técnicas Vehiculares en el ámbito nacional, así como para fiscalizar y sancionar a los Centros de Inspección Técnica Vehicular (CITV).

Puede, asimismo, establecer convenios con los gobiernos regionales y las municipalidades para el cumplimiento de los fines de la presente Ley’ (énfasis agregado).

13. De este modo, la determinación de la competencia exclusiva del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en materia de regulación y gestión del Sistema Nacional de Inspecciones Técnicas Vehiculares en el ámbito nacional, y de fiscalización y sanción a los Centros de Inspección Técnica Vehicular, viene establecida en una ley que, a su vez, ha sido emitida en ejercicio de una competencia exclusiva del gobierno nacional determinada tanto por la Constitución como por la legislación orgánica, cual es el establecimiento de políticas nacionales y sectoriales.

14. La regulación de esta política nacional no ha violado ninguna de las competencias exclusivas o compartidas de los gobiernos municipales provinciales en materia de tránsito, vialidad y transporte público, previstas en el artículo 81 de la Ley N° 27972 –Ley Orgánica de Municipalidades–, pues en ninguno de sus numerales se establece competencia alguna vinculada siquiera indirectamente con las inspecciones técnicas vehiculares. Tampoco se ha acreditado en esta causa la existencia de algún convenio entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y la Municipalidad Provincial de Jaén, que asigne a esta algún margen de competencias en esta materia.

15. En consecuencia, los artículos 3 y 5 del Reglamento de Tránsito de la provincia de Jaén, aprobado mediante la Ordenanza Municipal N° 06-2009-MPJ, al establecer reglas vinculadas con la inspección técnica vehicular de vehículos menores, resultan inconstitucionales”.

Otro aspecto también analizado por la misma sentencia es la siguiente:

“§4. ¿Son competentes los gobiernos locales provinciales para regular infracciones de tránsito, medidas preventivas y sanciones imponibles a los vehículos menores?

(...)

22. La determinación de las infracciones de tránsito y sus respectivas sanciones es una competencia que corresponde al gobierno nacional, conforme a una interpretación sistemática de los artículos 189 y 195 de la Constitución, el artículo 26, literal a), de la Ley N° 27783 –Ley de Bases de la Descentralización–, y los artículos 1.1, 11, 16, literal a), y 17, literal a), de la Ley N° 27181, en tanto política nacional en materia de transporte y tránsito vehicular, asignada al Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

23. El artículo 81, numeral 1.6, no puede ser interpretado en el sentido de que la regulación de dicha política, en materia de vehículos menores, sea privativa de las municipalidades provinciales. No solo por el hecho de que, en virtud del principio de taxatividad en materia de determinación de competencias (STC Exps. N°s 0020-2005-PI / 0021-2005-PI/TC, fundamentos 46-52), claramente dicha competencia local se circunscribe a la circulación, y no a las infracciones y sanciones, y, por lo demás, como toda competencia local, debe ser ejercida en armonía con las políticas nacionales, sino también porque las infracciones de tránsito, por antonomasia, son determinadas en función de la conducta del conductor y del bien jurídico afectado o amenazado por dicha conducta, y no en función de tipo de vehículo conducido. Así, sería un manifiesto contrasentido que cruzar estando el semáforo en luz roja, conducir en estado de ebriedad o sin licencia de conducir, o sin placa de rodaje, o sin tarjeta de propiedad, o por

el carril incorrecto, o en sentido contrario al tránsito, etc. merezca una sanción distinta en función del vehículo que se conduce, pues la falta es la misma y el bien jurídico amenazado o afectado también. En otras palabras, desagregar las infracciones y sanciones de tránsito en función del vehículo conducido, tal como ha pretendido hacer la municipalidad emplazada, no solo afecta una política nacional integral en materia de transporte, sino que, en la generalidad de los casos, carece de razonabilidad alguna.

(...)

§5. ¿Son competentes los gobiernos locales provinciales para establecer reglas para la obtención de Tarjetas de Operatividad para los vehículos menores?

(...)

26. Tal como ha señalado el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 0006-2010-PI, 'la **competencia exclusiva** que tienen las municipalidades provinciales en materia de regulación de vehículos menores está referida únicamente a la **circulación** de dichos medios de transporte, lo que consecuentemente les otorga competencias para otorgar **licencias de operación y licencias de conducir** en sus respectivas jurisdicciones. Esta, y no otra, es la conclusión que puede derivarse de una lectura integral de las normas integrantes del bloque de constitucionalidad, anteriormente glosadas' (fundamento 23).

27. En consecuencia, el Tribunal Constitucional considera constitucionales los artículos 4 y 6 del Reglamento de Tránsito de la Provincia de Jaén, aprobado mediante Ordenanza Municipal N° 06-2009-MPJ”.

Relacionada a los vehículos menores, también el TC resolvió (Exp. N° 01460-2010-AA/TC), la demanda interpuesta contra la Municipalidad Provincial de Huamanga con el objeto de que cese la amenaza contra sus derechos constitucionales relativos a la observancia del debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva, libertad de trabajo, libertad de empresa, comercio, libre circulación y prestación del servicio de transporte público de pasajeros en vehículos menores (mototaxis) en el Distrito de Ayacucho, Provincia de Huamanga. Solicita el demandante que se declare inaplicable el artículo 1, incisos 5), 6) y 7), artículos 13, 14, 26, 27, 28, 29 y 36, así como la Segunda Disposición Final Complementaria de la Ordenanza Municipal N° 014-2009-MPH/A, por la cual se aprueba el Reglamento del Servicio Público Especial de Pasajeros en Vehículos Menores incluido el cuadro de infracciones y sanciones aplicables dentro de la provincia de Huamanga, que pretende prohibir la circulación de mototaxis. El TC declara infundada la demanda, basado en los siguientes argumentos:

“7. Respecto a la materia de competencia, el artículo 81 de la Ley Orgánica de Municipalidades (Ley N° 27972) señala: ‘Las municipalidades, en materia de tránsito, vialidad y transporte público, ejercen las siguientes funciones:

1. Funciones específicas exclusivas de las municipalidades provinciales:

(...)

1.2. Normar y regular el servicio público de transporte terrestre urbano e interurbano de su jurisdicción, de conformidad con las leyes y reglamentos nacionales sobre la materia (...).

1.4. Normar y regular el transporte público y otorgar las correspondientes licencias o concesiones de rutas para el transporte de pasajeros, así como regular el transporte de carga e identificar las vías y rutas establecidas para tal objeto.

(...)

1.6. Normar, regular y controlar la circulación de vehículos menores motorizados o no motorizados, tales como taxis, mototaxis, triciclos, y otros de similar naturaleza

(...).

1.9. Supervisar el servicio público de transporte urbano de su jurisdicción, mediante la supervisión, detección de infracciones, imposición de sanciones y ejecución de ellas por incumplimiento de las normas o disposiciones que regulan dicho servicio, con el apoyo de la Policía Nacional asignada al control de tránsito' (énfasis agregado).

8. El Reglamento Nacional de Tránsito, aprobado mediante Decreto Supremo N° 033-2001-MTC, vigente al momento de la expedición de la ordenanza, establecía en su artículo 157 que: 'Los vehículos menores motorizados o no motorizados que presten el servicio público de transporte especial de pasajeros, solo pueden circular por las vías que señalen las autoridades competentes'. Finalmente, la Ley de Transporte Público Especial de Pasajeros en Vehículos Menores (la Ley N° 27189), en su artículo 3 precisa que: 'El servicio solo podrá ser prestado luego de obtener la respectiva autorización otorgada por la Municipalidad correspondiente, donde prestan dicho servicio'.

9. Conforme a lo expuesto, este Tribunal no puede sino concluir que la Municipalidad demandada era y es competente para emitir la ordenanza cuya constitucionalidad se está cuestionando en el presente caso. Como se observa, la Municipalidad está facultada para legislar no solamente en lo que respecta a la prestación de algún servicio público llevado a cabo mediante estos vehículos menores, sino respecto a la circulación de este tipo de vehículos en general".

Libertad de tránsito, la facultad para colocar rejas en la vía pública

En cuanto a las limitaciones al derecho a la libertad de tránsito, el Tribunal Constitucional, en la STC Exp. N° 04464-2011-HC, tiene establecido lo siguiente: "5. En los precedentes vinculantes establecidos en las sentencias recaídas en los Expedientes N° 349-2004-AA/TC (caso *María Elena Cotrina Aguilar*) y N° 3482-2005-PHC/TC (caso *Luis Augusto Brain Delgado y otros*) el Tribunal Constitucional argumentó que siendo las vías de tránsito público libres en su alcance y utilidad, pueden, sin embargo, y en determinadas circunstancias, ser objeto de regulaciones y aun de restricciones. Cuando estas provienen directamente del Estado, se considera que la restricción es legítima pues la limitación impuesta la estaría ejerciendo por el poder de que como Estado goza; es decir, el *ius imperium*, con el objetivo de obtener o lograr un bien mayor para el resto de la comunidad que va a ser beneficiada con esta limitación. En el caso de que la limitación o perturbación de la libertad de tránsito provenga de particulares, es necesario que los particulares cuenten con una autorización por parte de la autoridad competente; si bien dicha autorización debería ser obtenida en forma previa por parte de la autoridad competente; es decir, la municipalidad, también sería posible considerar que la vulneración del derecho a la libertad de tránsito habría cesado si durante el proceso se obtiene la autorización respectiva".

En el Exp. N° 349-2004-AA/TC, la demandante cuestiona la instalación de rejas principalmente en la intersección de las calles que dan acceso a su vivienda (cuadra 74 del Jr. Manco Cápac con Av. Venus), así como la instalación de rejas en una serie de intersecciones cercanas al lugar donde reside, por considerar que tal sistema de seguridad resulta violatorio de su libertad de tránsito. El TC declara fundada en parte la demanda, basado en los siguientes argumentos:

“20. Este Colegiado ha tenido la oportunidad de precisar en ocasiones anteriores que el establecimiento de rejas como medidas de seguridad vecinal no es per se inconstitucional, si se parte de la necesidad de compatibilizar o encontrar un marco de coexistencia entre la libertad de tránsito como derecho y la seguridad ciudadana como bien jurídico. Lo inconstitucional sería, en todo caso, que el mecanismo implementado o la forma de utilizarlo resulte irrazonable, desproporcionado o, simplemente, lesivo de cualquiera de los derechos constitucionales que reconoce el ordenamiento. Como lo ha sostenido la Defensoría del Pueblo en el Informe Defensorial N° 81 sobre **‘Libertad de Tránsito y Seguridad Ciudadana. Los enrejados en las vías públicas de Lima Metropolitana’**, emitido en el mes de enero del 2004, p. 42, ‘No se puede admitir un cierre absoluto de una vía pública, ya que ello afectaría el contenido esencial del derecho al libre tránsito. Consecuentemente, se debe garantizar que los enrejados no sean un obstáculo para el ejercicio del derecho al libre tránsito, sino sólo una limitación razonable y proporcional. Ello quiere decir que dicha medida tiene que estar justificada por los hechos que le han dado origen, el crecimiento de la delincuencia; por la necesidad de salvaguardar un interés público superior, la protección del bien jurídico seguridad ciudadana; y debe ser proporcionada a los fines que se procuran alcanzar con ella’.

(...)

22. Merituados los argumentos de las partes, así como las instrumentales obrantes en el expediente, este Colegiado considera que la demanda interpuesta resulta legítima, pero solo en parte, habida cuenta de que: a) está demostrado, conforme aparece de las instrumentales de fojas 2, 32 y 33 de los autos, que la instalación de rejas en todas y cada una de las intersecciones de las vías que dan acceso al domicilio de la recurrente fue realizada de manera absolutamente unilateral y sin contar con el permiso municipal correspondiente, incluso sin justificar las razones objetivas en la implementación de tal sistema de seguridad; b) aunque no es inconstitucional el que los vecinos de un determinado lugar opten por un determinado sistema de enrejado o vigilancia destinado a preservar la seguridad de quienes residen en determinado lugar, no puede tomarse dicha decisión sin el conocimiento de todos los involucrados ni mucho menos de espaldas a la autoridad municipal, lo que, en todo caso, es la que debe autorizar, previa evaluación del caso, la implementación del sistema solicitado. En dicho contexto, es irrelevante, en el presente caso, que las rejas puedan encontrarse abiertas, semiabiertas o simplemente cerradas, pues lo esencial es que han sido instaladas sin ningún tipo de permiso o autorización, contraviniendo el carácter público de toda vía de tránsito o desplazamiento a la par que imponiendo los derechos de un grupo de ciudadanos por encima de los correspondientes a otros; c) si bien la demandante alega que la corporación edil demandada viene actuando en complicidad con los vecinos que implementaron el sistema cuestionado, dicha afirmación no es rigurosamente cierta. La Municipalidad Distrital

de Los Olivos, en todo momento, ha reconocido el carácter ilegal de las rejas instaladas. Prueba de ello lo constituyen los Oficios N°s 118-2003-MDLO/DSU-LC-TP y 119-2003-MDLO/DSU-LC-TP, emitidos con fecha 5 de febrero del 2003, por la Jefatura de la División de Servicios Urbanos de dicha comuna, en los que se deja claramente establecida la inexistencia de autorización alguna en favor de los vecinos del lugar; d) aunque es un hecho que la autoridad edil no tiene la responsabilidad de coparticipación que alega la recurrente en la instalación de las rejas, no deja de ser cierto, y en ello sí debe puntualizar este Colegiado, que su actitud resulta excesivamente pasiva, pues si, como se señala en sus mismos oficios, el sistema de seguridad implementado es absolutamente ilegal y ni siquiera existe documento alguno mediante el cual se solicite la instalación del mismo, es inconcebible que la comuna demandada se limite a una simple exhortación de buena voluntad, como la que aparece en la última parte de sus comunicaciones a fin de que sean los mismos vecinos los que motu proprio se encarguen de arreglar sus propios problemas. Tal renuncia al principio de autoridad constituye un despropósito que, efectivamente, puede considerarse lesivo del derecho de la recurrente, si se parte del supuesto que implica ignorar los reclamos en torno de su libertad de tránsito y la evaluación que impostergablemente debería hacerse frente al sistema implementado. En dicho contexto, no es justificación la carencia de normativa sobre el tema en el distrito de Los Olivos, pues dentro de sus funciones y para la fecha en que se planteó el presente problema, bien pudo optarse por una normativa especial vía ordenanza; e) este Tribunal, ciertamente, no pretende, con la presente sentencia, que la municipalidad demandada adopte comportamientos verticales o autoritarios frente al problema descrito, pero sí que asuma las obligaciones que le imponen sus propias normas, tanto más cuanto que de las mismas depende la eficacia y respeto de los derechos constitucionales pertenecientes a los vecinos. Su actuación, en tal sentido, y por lo que aparece de los actuados, constituye una omisión inconstitucional intolerable que debe ser corregida inmediatamente. En dicho contexto, sus obligaciones son evaluar el sistema de seguridad implementado, manteniéndolo solo en el supuesto de que cumpla los requisitos, hoy en día establecidos para toda la Provincia de Lima mediante la Ordenanza N° 690 o, en su defecto, proceder a retirarlo indefectiblemente, en el caso de que no se ajuste a lo establecido por dicha normativa y, sobre todo, a lo expresamente reconocido por la Constitución”.

En el Caso N° 3482-2005-PHC/TC, el demandante cuestiona la colocación de rejas en la vía de acceso al lugar donde reside, debido a que, según afirma, él y su familia vienen siendo objeto de restricciones en su derecho de tránsito, a lo que se han añadido otras restricciones, como el no facilitarle el ingreso o salida normal, viéndose obligado a bajar de su automóvil y abrir él mismo las rejas; no recibir su correspondencia en su domicilio; y tener que soportar que terceros que lo visitan no puedan ingresar. En este caso, el TC también declara fundada la demanda, de acuerdo a los criterios siguientes:

“22. Merituados los argumentos de las partes así como las instrumentales obrantes en el expediente, este Colegiado considera que la demanda interpuesta resulta legítima solo en parte, habida cuenta de que: a) la instalación de las rejas en la Calle N° 1 de la urbanización Monterrico Chico no vulnera los derechos invocados, pues ello obedece a razones de seguridad vecinal, de conformidad con la Resolución de Alcaldía N° 4821, emitida con fecha 20 de agosto de 1992, obrante a fojas 16 de los autos. Dicha resolución, cabe precisar, es de fecha anterior al momento en que el demandante empezó a residir en la citada

urbanización, conforme se reconoce en el mismo texto de su demanda; b) no ha quedado acreditado en el caso de autos, según se desprende del Acta de Inspección Judicial y Constatación de fojas 97, que las rejas cuestionadas se encuentren cerradas; es decir, que exista impedimento de tránsito absoluto por el hecho de que no haya puertas en las referidas rejas o que, existiendo estas, se encuentren totalmente cerradas impidiendo el ingreso o salida de personas o vehículos; c) tampoco ha quedado acreditado que el demandante tenga restricciones actuales en la recepción de su correspondencia, pues aun cuando de las instrumentales de fojas 84 a 86 aparece que la correspondencia del demandante, en algún momento, era recepcionada por la vigilancia ubicada junto a la reja cuestionada, dicha situación se produjo muchos meses antes de promoverse la presente demanda (entre febrero y abril de 2004), debiendo estarse a la versión proporcionada por los vigilantes emplazados en sus declaraciones de fojas 75 a 75 vuelta y 93 a 93 vuelta, en el sentido de que el demandante optó a posteriori por solicitar a la vigilancia del lugar que sus comunicaciones le fueran directamente cursadas a su domicilio, hecho que evidentemente puede presumirse por no haberse presentado instrumentales que acrediten afectaciones recientes; d) no ha quedado acreditado, por último, que la familia del recurrente o terceros relacionados a él se hayan visto afectados en el derecho de tránsito, pues no existen instrumentales o diligencias que respalden lo señalado en la demanda. Tampoco, se ha probado que la esposa del recurrente haya sido víctima de maltratos o comportamientos análogos por parte del personal de vigilancia; e) en todo caso, donde sí existe una evidente controversia es con relación a la situación descrita por el recurrente en el sentido de que, a diario, debe bajarse de su vehículo para terminar de abrir las puertas de la reja, sin que la vigilancia lo apoye o le facilite el libre tránsito. Respecto de este extremo, aceptado por lo demás por la propia parte emplazada, conforme aparece de las declaraciones obrantes de fojas 91 a 92 vuelta, cabe precisar que, aunque el hecho de que la vigilancia no quiera brindarle al recurrente ningún tipo de servicio responde a su condición de renuente en el pago de las cuotas destinadas al mantenimiento del sistema de seguridad y la vigilancia que lo acompaña, ello no quiere decir que sea legítimo que las dificultades o contratiempos que entraña el sistema implementado tengan que cargársele a quien, por determinadas razones, no opta por mantener dicho sistema; f) quiérase o no, resulta evidente que, al implementar el sistema de enrejado, se incorporan determinadas limitaciones al derecho de tránsito o locomoción. Precisamente para reducir al mínimo las molestias que se ocasionan con dicha limitación, el personal de seguridad, tomando en cuenta que las rejas se encuentran semiabiertas o juntas, participa abriéndolas en su totalidad, sobre todo en el supuesto de los que transitan con su vehículo. Sin embargo, si por el hecho de no estar al día en las cuotas como integrante de la Junta de Vecinos o no pertenecer a ella, todo conductor de un vehículo va a tener que bajarse a terminar de abrir las rejas sin que el personal de vigilancia se tome la elemental molestia de colaborar, el mencionado sistema termina convirtiéndose en un mecanismo de entorpecimiento antes que en un sistema mínimamente eficiente; g) este Colegiado considera que la versión proporcionada por los emplazados, según la cual no se restringe su libertad porque la reja se encuentra semiabierta, no es aceptable si existe, como en el presente caso, un elemento facilitador representado por el personal de seguridad. No es razonable ni equitativo que, si al resto de vecinos e incluso a quien llega desde afuera sin pertenecer a la vecindad, se le facilitan las condiciones de tránsito, al recurrente, por el contrario, se le entorpezcan las cosas y tenga que ser él mismo el que se

baje de su vehículo para poder transitar. Los demandados confunden lo que es el servicio de vigilancia o seguridad, que ciertamente no se está pretendiendo imponer aquí con carácter gratuito, con lo que representa la obligación de facilitar el tránsito, dadas las características del sistema. Así como no podría pretenderse imponer a la junta vecinal que brinde gratuitamente los servicios de seguridad a quien no los sufraga, tampoco es razonable imponer molestias al vecino que debe transitar como lo hace cualquier ciudadano en una vía pública. Facilitar el tránsito, en otras palabras, no forma parte del sistema de vigilancia o seguridad, sino que es obligación correlativa impuesta como carga sobre quienes apelan a tal sistema. No entenderlo de eso modo significaría privar al recurrente de determinadas garantías a las que sí tiene derecho como cualquier ciudadano que transita por la vía pública.

23. Por consiguiente, habiéndose acreditado, en el presente caso, que existe una parcial restricción a la libertad de tránsito, la presente demanda deberá declararse fundada en el extremo que invoca el libre ingreso del vehículo del recurrente y de los miembros de su familia, sin obstáculos, lo que se traduce en que el personal encargado de la seguridad frente a las rejas no obstaculice el libre tránsito, por las vías respectivas, del demandante, sus familiares y terceros que acudan a ellos, conforme a los términos precedentes”.

En suma, si bien los gobiernos locales tiene la facultad de reglamentar y administrar en materia de tránsito, validez y transporte público, el ejercicio del *ius imperium*, debe hacerse con total respeto de las garantías de los derechos constitucionales y con el objetivo de hacer respetar el bien común, o de obtener o lograr un beneficio mayor para el resto de la comunidad que va a ser beneficiada con esta limitación.

ARTÍCULO 82.- EDUCACIÓN, CULTURA, DEPORTES Y RECREACIÓN

Las municipalidades, en materia de educación, cultura, deportes y recreación, tienen como competencias y funciones específicas compartidas con el gobierno nacional y el regional las siguientes:

1. Promover el desarrollo humano sostenible en el nivel local, propiciando el desarrollo de comunidades educadoras.
2. Diseñar, ejecutar y evaluar el proyecto educativo de su jurisdicción, en coordinación con la Dirección Regional de Educación y las Unidades de Gestión Educativas, según corresponda, contribuyendo en la política educativa regional y nacional con un enfoque y acción intersectorial.
3. Promover la diversificación curricular, incorporando contenidos significativos de su realidad sociocultural, económica, productiva y ecológica.
4. Monitorear la gestión pedagógica y administrativa de las instituciones educativas bajo su jurisdicción, en coordinación con la Dirección Regional de Educación y las Unidades de Gestión Educativas, según corresponda, fortaleciendo su autonomía institucional.
5. Construir, equipar y mantener la infraestructura de los locales educativos de su jurisdicción de acuerdo al Plan de Desarrollo Regional concertado y al presupuesto que se le asigne.

6. Apoyar la creación de redes educativas como expresión de participación y cooperación entre los centros y los programas educativos de su jurisdicción. Para ello se harán alianzas estratégicas con instituciones especializadas de la comunidad.
7. Impulsar y organizar el Consejo Participativo Local de Educación, a fin de generar acuerdos concertados y promover la vigilancia y el control ciudadanos.
8. Apoyar la incorporación y el desarrollo de nuevas tecnologías para el mejoramiento del sistema educativo. Este proceso se realiza para optimizar la relación con otros sectores.
9. Promover, coordinar, ejecutar y evaluar, con los gobiernos regionales, los programas de alfabetización en el marco de las políticas y programas nacionales, de acuerdo con las características socioculturales y lingüísticas de cada localidad.
10. Fortalecer el espíritu solidario y el trabajo colectivo, orientado hacia el desarrollo de la convivencia social, armoniosa y productiva, a la prevención de desastres naturales y a la seguridad ciudadana.
11. Organizar y sostener centros culturales, bibliotecas, teatros y talleres de arte en provincias, distritos y centros poblados.
12. Promover la protección y difusión del patrimonio cultural de la nación, dentro de su jurisdicción, y la defensa y conservación de los monumentos arqueológicos, históricos y artísticos, colaborando con los organismos regionales y nacionales competentes para su identificación, registro, control, conservación y restauración.
13. Promover la cultura de la prevención mediante la educación para la preservación del ambiente.
14. Promover y administrar parques zoológicos, jardines botánicos, bosques naturales ya sea directamente o mediante contrato o concesión, de conformidad con la normatividad en la materia.
15. Fomentar el turismo sostenible y regular los servicios destinados a ese fin, en cooperación con las entidades competentes.
16. Impulsar una cultura cívica de respeto a los bienes comunales, de mantenimiento y limpieza y de conservación y mejora del ornato local.
17. Promover espacios de participación, educativos y de recreación destinados a adultos mayores de la localidad.
18. Normar, coordinar y fomentar el deporte y la recreación, de manera permanente, en la niñez, la juventud y el vecindario en general, mediante las escuelas comunales de deporte, la construcción de campos deportivos y recreacionales o el empleo temporal de zonas urbanas apropiadas, para los fines antes indicados; coordinan con las entidades públicas responsables y convocan la participación del sector privado⁽¹³⁵⁾.
19. Promover actividades culturales diversas.
20. Promover la consolidación de una cultura de ciudadanía democrática y fortalecer la identidad cultural de la población campesina, nativa y afroperuana.

En aquellos casos en que las municipalidades distritales no puedan asumir las funciones específicas a que se refiere el presente artículo, se procederá conforme a lo dispuesto en los artículos 76 y 77.

(135) Numeral modificado por el artículo 1 de la Ley N° 29103, publicada el 13 octubre 2007.

CONCORDANCIAS:

Const. Arts. 13, 195:8)
Ley Nº 27972 Arts. 74, 76, 77, 91
Ley Nº 27783 Art. 43
Ley Nº 28044 Arts. 3, 4, 9, 13, 43, 82

 **COMENTARIO**

A diferencia de las demás competencias y funciones en el nivel municipal, la relativa a la educación, cultura, deportes y recreación es una **competencia compartida** entre los distintos niveles de gobierno (nacional, regional y local) y por lo mismo no existen funciones exclusivas de las municipalidades provinciales o distritales.

La Constitución Política del Estado, en su art. 13 centra la política educativa del Estado peruano, en los términos siguientes: “La educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana. El Estado reconoce y garantiza la libertad de enseñanza. Los padres de familia tienen el deber de educar a sus hijos y el derecho de escoger los centros de educación y de participar en el proceso educativo”. Este artículo ha sido criticado por Enrique Bernalles, por su sustancial diferencia con lo regulado en la Constitución de 1979 en materia educativa. “De inicio, se ha cercenado la primera parte del art. 21 de la mencionada Carta, que decía: ‘El derecho a la educación y a la cultura es inherente a la persona humana’. La educación como inherente a la persona humana e instrumento que sirve para el desarrollo integral de la personalidad, es una conquista histórica de la humanidad que corresponde a la sustanciación de la libertad, la igualdad y la racionalidad del ser humano. Este reconocimiento establece un principio que consagra en forma meridiana lo que es debido al hombre por razón de su naturaleza libre, racional, espiritual y como todo ello se expresa tanto en lo individual como en lo social. Además, el derecho a la educación es un principio reconocido por la legislación internacional sobre la materia, de la que forma parte el Perú. Al parecer ninguno de estos argumentos fueron tomados en cuenta por quienes redactaron la nueva Constitución”⁽¹³⁶⁾. Por lo tanto, este debería ser el espíritu con que se aborden todas las políticas y acciones relacionadas a la educación en el país.

Otros artículos de la Constitución sobre la materia son: educación para la vida y el trabajo, fomento de la solidaridad, promoción del desarrollo científico y tecnológico, formación ética y cívica, la enseñanza con sujeción a los principios constitucionales, la educación religiosa y la colaboración de los medios de comunicación social (art. 14); derechos del profesorado, derechos a conducir instituciones educativas por personas naturales o jurídicas (art. 15); naturaleza descentralizada del sistema como régimen educativo, política educativa, supervisión del Estado de los planes de estudio y la organización de los centros educativos, supervisión de la calidad de la educación, democratización de la educación para que todos tengan acceso, prioridad presupuestal (art. 16); obligatoriedad de la educación inicial, primaria y secundaria, gratuidad de la educación, subvención estatal a la educación privada, promoción de la creación de centros educativos donde la población los requiera, erradicación del analfabetismo, educación bilingüe e intercultural (art. 17); educación universitaria (art. 18); régimen tributario para la educación, donaciones y becas (art. 19); protección del patrimonio

(136) BERNALES, Enrique. Ob. cit.

cultural (art. 21); y en lo que respecta a las municipalidades, el art. 195, inc. 8 (modificado por la Ley N° 26780) señala que les compete desarrollar y regular actividades y/o servicios en materia de educación, conservación de monumentos arqueológicos e históricos, cultura, recreación y deporte, conforme a ley.

Por su parte, la Ley N° 27783 - Ley de Bases de la Descentralización, precisa en su art. 43 que son competencias compartidas de las municipalidades la educación, participación en la gestión educativa conforme lo determine la ley de la materia y cultura, recreación y deportes.

En el marco del proceso de descentralización, iniciada por la Ley N° 26780, modificatoria de la Constitución Política del Estado, y la Ley N° 27783 - Ley de Bases de la Descentralización, se plantea a la educación como un servicio público, que debe ser gestionada con la participación de los distintos niveles de gobierno; y en esta óptica se inscriben las disposiciones de este artículo en materia educativa en cuanto al rol que deben cumplir los gobiernos locales.

La Ley General de Educación

Las materias en educación, cultura y deportes, es eminentemente una competencia compartida entre los distintos niveles de gobierno (nacional, regional y local). La Ley N° 28044 - Ley General de Educación, establece algunas disposiciones con respecto al rol de los gobiernos locales:

- 1) El Estado promueve la universalización, calidad y equidad de la educación.** Sus funciones son: a) ejercer un rol normativo, promotor, compensador, concertador, articulador, garante, planificador, regulador y financiador de la educación nacional; b) proveer y administrar servicios educativos públicos gratuitos y de calidad para garantizar el acceso universal a la educación básica y una oferta educativa equitativa en todo el sistema; c) promover el desarrollo científico y tecnológico en las instituciones educativas de todo el país y la incorporación de nuevas tecnologías en el proceso educativo; d) reconocer e incentivar la innovación e investigación que realizan las instituciones públicas y privadas; e) garantizar iguales oportunidades de acceso y permanencia en el sistema educativo que favorezcan el aprendizaje oportuno, efectivo y pertinente; f) orientar y articular los aprendizajes generados dentro y fuera de las instituciones educativas, incluyendo la recreación, la educación física, el deporte y la prevención de situaciones de riesgo de los estudiantes; g) valorar el aporte de las instituciones privadas que brindan servicios educativos de calidad; h) ejercer y promover un proceso permanente de supervisión y evaluación de la calidad y equidad en la educación; i) informar y rendir cuentas, ante los usuarios y la población, respecto a la situación y el cumplimiento de los objetivos y metas de la educación; j) supervisar y evaluar las acciones de educación, cultura y recreación, a nivel nacional, regional y local; k) garantizar el acceso de las personas con discapacidad a una educación inclusiva de calidad, en todas las etapas, niveles y modalidades del sistema (art. 21).
- 2) La sociedad tiene el derecho y el deber de contribuir a la calidad y equidad de la educación.** Ejerce plenamente este derecho y se convierte en sociedad educadora al desarrollar la cultura y los valores democráticos. A la sociedad, le corresponde: a) participar en la definición y desarrollo de políticas educativas en el ámbito nacional, regional y local; b) colaborar en la prestación del servicio

educativo y en el desarrollo de programas y proyectos que contribuyan al logro de los fines de la educación peruana; c) promover la creación de un entorno social favorable al aprendizaje y cuidado de sus miembros, desarrollando una cultura de responsabilidad y vigilancia ciudadana que garantice la calidad educativa y la ética pública (art. 22).

- 3) **En materia educativa, el Ministerio de Educación, la Dirección Regional de Educación y las Unidades de Gestión Educativa Local, coordinan sus acciones con las municipalidades de acuerdo a lo establecido en su ley orgánica y en la presente ley.** En este marco, las municipalidades apoyan la prestación de servicios de las instituciones educativas y contribuyen al desarrollo educativo en el ámbito de su jurisdicción (art. 82).
- 4) **Son finalidades de la Unidad de Gestión Educativa Local:** a) fortalecer las capacidades de gestión pedagógica y administrativa de las instituciones educativas para lograr su autonomía; b) impulsar la cohesión social; articular acciones entre las instituciones públicas y las privadas alrededor del Proyecto Educativo Local; contribuir a generar un ambiente favorable para la formación integral de las personas, el desarrollo de capacidades locales y propiciar la organización de comunidades educadoras; c) **canalizar el aporte de los gobiernos municipales**, las instituciones de educación superior, las universidades públicas y privadas y otras entidades especializadas; d) asumir y adecuar a su realidad las políticas educativas y pedagógicas establecidas por el Ministerio de Educación y por la entidad correspondiente del gobierno regional (art. 73).
- 5) **El Consejo Participativo Local de Educación es un órgano de participación, concertación y vigilancia educativa durante la elaboración, seguimiento y evaluación del Proyecto Educativo Local en el ámbito de su jurisdicción.** Está integrado por el Director de la Unidad de Gestión Educativa Local y los representantes de los estamentos que conforman la comunidad educativa, de los sectores económicos productivos, de las municipalidades y de las instituciones públicas y privadas más significativas. Participa anualmente en la elaboración y rendición de cuentas del presupuesto de la Unidad de Gestión Educativa Local (art. 75).

Todas estas funciones generales del Estado se recogen, en términos generales, entre las funciones de los gobiernos locales en la LOM, lo que ha merecido la crítica por parte de especialista, en la medida que no están claramente delimitadas las acciones de cada nivel de gobierno. Hugo Reyna Goicochea, especialista en materia educativa, ha remarcado la inconsistencia normativa en educación, en los distintos niveles de gobiernos, en los siguientes términos:

“No obstante lo indicado anteriormente (se refiere al proceso de descentralización educativa), es necesario precisar que si bien la ley reconoce competencias y funciones en materia de educación, cultura, deporte y recreación para los gobiernos regionales y locales, en la práctica existen niveles incipientes de coordinación e interrelación, específicamente entre las UGEL y las municipalidades, sean estas provinciales o distritales.

Analistas de la realidad nacional y educativa en el país, coinciden en afirmar que actualmente el proceso de descentralización se caracteriza por el desorden e incoherencia normativa, que se refleja, entre otros aspectos, en la falta de claridad

de los ámbitos que les corresponde a los niveles de gobierno, produciéndose un cruce de funciones en materia educativa, principalmente de parte de las UGEL con las municipalidades. En este contexto, se reconoce la existencia de un problema de duplicidad entre la Ley General de Educación y la Ley Orgánica de Municipalidades, que otorgan similares responsabilidades en materia de educación a las UGEL y las municipalidades, las que, hasta el momento, que no han logrado cohesionar un accionar conjunto en torno a objetivos comunes respecto al Proyecto Educativo Local, que prácticamente no existe, así como de escasísima participación en los respectivos Copares (Consejos Participativos Regionales) que mayormente no funcionan o no se han constituido.

Sobre el particular, no se han logrado comprometer apoyos significativos para el desarrollo de la infraestructura y equipamiento educativo por parte de los gobiernos locales, así como para involucrarlos en el quehacer educativo de su jurisdicción, en el marco de las políticas de acción participativas.

Los proyectos de infraestructura y equipamiento que programan y desarrollan las municipalidades, así como el pago de docentes en las instituciones educativas de gestión comunal (IEGCOM) y la asignación de algún presupuesto para capacitación docente; generalmente responden a promesas y compromisos electorales, más que a acciones coordinadas y de sostenibilidad, lo cual es contraproducente.

Si bien es cierto uno de los componentes de inversión en proyectos de infraestructura y equipamiento en las municipalidades corresponde a educación, estos y sus montos de inversión, aun no son significativos. Según la Libreta de Calificación del MIM Cajamarca (Promoviendo el Buen Gobierno Municipal) por ejemplo, se muestra que entre el 2009 y 2011, el gasto en educación se mantuvo en 7.4 %, en todos los sectores en el ámbito nacional. La Municipalidad Provincial de Cajamarca, en cuyo ámbito territorial se concentra una población urbana y rural significativas, en este periodo paso de 7.1 % al 4.8 % de su gasto total.

En este contexto, es necesario que el Ministerio de Educación, con la activa participación de los Gobiernos Regionales y Locales efectúe un deslinde y precisión de las competencias y funciones en educación para los niveles de gobierno nacional, regional y local, para superar la yuxtaposición de estas que actualmente se producen, por los correspondientes textos de la Ley General de Educación, Ley N° 28044; Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N° 27972 y la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Ley N° 27867⁽¹³⁷⁾.

Finalmente, recomendamos que cada gobierno local debe incluir dentro de su Plan de Desarrollo Local, las acciones que en materia de educación está dispuesto a ejecutar, para darle coherencia y continuación a su rol en la esfera local.

(137) REYNA GOICOCHEA, Hugo. *Educación: Funciones y Competencias en los niveles de Gobierno*. 14/05/2013. <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:MZGnfN_Wkq8J:www.panoramacajamarquino.com/noticia/educacion-funciones-y-competencias-en-los-niveles-de-gobierno/+educacion+gobiernos+locales+municipalidades&cd=5&hl=es-419&ct=clnk&gl=pe>.

ARTÍCULO 83.- ABASTECIMIENTO Y COMERCIALIZACIÓN DE PRODUCTOS Y SERVICIOS

Las municipalidades, en materia de abastecimiento y comercialización de productos y servicios, ejercen las siguientes funciones:

1. Funciones específicas exclusivas de las municipalidades provinciales:
 - 1.1. Regular las normas respecto del acopio, distribución, almacenamiento y comercialización de alimentos y bebidas, en concordancia con las normas nacionales sobre la materia.
 - 1.2. Establecer las normas respecto del comercio ambulatorio.
2. Funciones específicas compartidas de las municipalidades provinciales:
 - 2.1. Construir, equipar y mantener, directamente o por concesión, mercados de abastos al mayoreo o minoristas, en coordinación con las municipalidades distritales en las que estuvieran ubicados.
 - 2.2. Realizar programas de apoyo a los productores y pequeños empresarios a nivel de la provincia, en coordinación con las municipalidades distritales y las entidades públicas y privadas de nivel regional y nacional.
3. Funciones específicas exclusivas de las municipalidades distritales:
 - 3.1. Controlar el cumplimiento de las normas de higiene y ordenamiento del acopio, distribución, almacenamiento y comercialización de alimentos y bebidas, a nivel distrital, en concordancia con las normas provinciales.
 - 3.2. Regular y controlar el comercio ambulatorio, de acuerdo a las normas establecidas por la municipalidad provincial.
 - 3.3. Realizar el control de pesos y medidas, así como el del acaparamiento, la especulación y la adulteración de productos y servicios.
 - 3.4. Promover la construcción, equipamiento y mantenimiento de mercados de abastos que atiendan las necesidades de los vecinos de su jurisdicción.
 - 3.5. Promover la construcción, equipamiento y mantenimiento de camales, silos, terminales pesqueros y locales similares, para apoyar a los productores y pequeños empresarios locales.
 - 3.6. Otorgar licencias para la apertura de establecimientos comerciales, industriales y profesionales.
4. Funciones específicas compartidas de las municipalidades distritales:
 - 4.1. Promover la realización de ferias de productos alimenticios, agropecuarios y artesanales, y apoyar la creación de mecanismos de comercialización y consumo de productos propios de la localidad.

CONCORDANCIAS:

Const. Art. 194:5)
Ley N° 27972 Arts. 73, 74, 92



COMENTARIO

El inc. 5 del art. 194 de la Constitución, señala que los gobiernos locales son competentes para “organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales de su responsabilidad”. En concordancia, el art. 73 numeral 2.6 de la LOM, precisa que son

servicios públicos locales: “Abastecimiento y comercialización de productos y servicios”. El presente artículo precisa las funciones correspondientes a dicha competencia.

El tema del abastecimiento y comercialización de productos y servicios, tiene enorme trascendencia sobre la economía local, en la generación de empleo productivo y calidad en la alimentación de la población; siendo actividades que deben ser parte de los planes de **desarrollo económico local**.

María del Pilar Corzo Arroyo y Luis García Calderón Sánchez, especialistas de Desco, comentan la deficiente relación entre comercialización y desarrollo económico:

“La actividad comercial no es vista por la mayoría de los gobiernos locales como un aspecto fundamental de la economía local y por tanto, como un potencial para el desarrollo local. Las políticas de desarrollo económico local promovidas por los gobiernos locales se preocupan únicamente por el aspecto productivo, limitándose a fomentar e impulsar el aparato productivo distrital.

Los gobiernos locales, no solo no incorporan la actividad comercial al interior de sus políticas de desarrollo económico, sino que además no vinculan la relación que existe entre producción y comercialización, obviando así, el enorme potencial de sector comercio en la localidad. **Es decir, los gobiernos locales han abordado la problemática del comercio como un asunto de ordenamiento urbano y no como un potencial económico.**

Los gobiernos locales perciben más las desventajas que las ventajas del comercio local, la erradicación o reubicación del comercio ambulatorio les proporciona una solución a la necesidad de rescatar el espacio público para varios usos. Sin embargo, la reubicación ha significado en algunos casos, la pérdida de grupos organizados de comerciantes, cuyas actividades se han disgregado en diferentes espacios, diluyéndose la dinámica del conjunto^(*). Asimismo el desalojo se ha producido sin considerar las sinergias entre el comercio formal e informal, donde la economía familiar transita por ambos niveles como parte de una estrategia de sobrevivencia pero también de desarrollo⁽¹³⁸⁾ (el resaltado es nuestro).

Aparte del divorcio entre comercialización y desarrollo local, otro problema a superar es la dinámica interna de los mercados locales:

“Desde el punto de vista de la gestión, los mercados de barrio adolecen de planes de desarrollo comercial causado principalmente por la **acumulación**

(*) Con frecuencia, el comerciante informal ha sido víctima de la especulación de los promotores inmobiliarios o propietarios de terrenos disponibles, o empujados a acceder a nuevas ubicaciones que no les garantizan posibilidades de mejorar en su actividad económica provocando, por el contrario, un proceso de descapitalización, pérdida progresiva de su poder adquisitivo y una degradación de sus condiciones de vida.

(138) CORZO ARROYO, María del Pilar y GARCÍA CALDERÓN SÁNCHEZ, Luis. *El Comercio Tradicional en la Ciudad de Lima Metropolitana. El Caso de Villa El Salvador*. Seminario Comercio y Movilidades Urbanas en Tiempos de Metropolitización. Taller Urbano - Desarrollo Económico Local - DESCO - Documento de Trabajo, s/f, p. 15. <http://www.google.com.pe/search?hl=es&biw=1040&bih=636&noj=1&client=psy-ab&q=el+mercado+de+barrio&oq=el+mercado+de+barrio&gs_l=serp.3..0i30|2j0i8i30.7565.9988.0.10311.20.19.0.0.0.0.182.1699.13j6.19.0...0.0...1c.qdkx-8FBj5Y>.

de conflictos personales al interior de sus organizaciones, ausencia de liderazgo, egoísmo e indiferencia interna. En pocas palabras **el principal problema son los propios comerciantes** que reconocen sus debilidades, identifican las amenazas pero no tienen la capacidad de concertar y ejecutar soluciones de corto, mediano y largo plazo, lo que deja a la suerte las posibilidades de desarrollo comercial.

La infraestructura de los espacios comerciales generalmente no cumple con los requisitos señalados por el Reglamento Nacional de Construcciones, lo que no le otorga una buena capacidad operativa y las convierte en inseguras, por la inadecuada provisión y uso de espacios comunes de fácil y libre circulación que permitan vías de evacuación en caso de siniestros. Debido al incumplimiento de estas normas podemos encontrar mercados que cuentan con licencia de Galería comercial, de Centro comercial y de Campo ferial, dependiendo de sus posibilidades de adecuación de sus infraestructuras a las exigencias locales para el otorgamiento del permiso de funcionamiento.

El desorden, la tugurización y el mal uso de los espacios públicos para tareas de carga, descarga, comercialización y acopio de productos, fomentan el caos que se perciben en sus inmediaciones. El mercado de abastos local, al proveer de productos de consumo y alimentación para las personas está obligado al cumplimiento de normas mínimas de sanidad para la manipulación de alimentos, para la conservación de su calidad y para la comercialización de los mismos, sin embargo salvo honrosas excepciones en las zonas populosas de la ciudad el sector comercial está confundiendo la pobreza con el descuido y la suciedad, arriesgando a comerciantes y sus usuarios a enfermedades producidas por la contaminación. Desde el punto de vista individual **cada comerciante desarrolla su actividad por práctica cotidiana, sin aplicar ni prepararse en técnicas de gestión comercial que le permita crecer y obtener mejores ganancias.**

Mayoritariamente los comerciantes de mercados, están representados por las juntas directivas de sus asociaciones, sin embargo como ya se ha señalado existe debilidad interna lo que le otorga poco nivel de representatividad y simplemente estos dirigentes se convierten en recaudadores de los pagos aprobados para la guardianía, el pago de los servicios y los trámites ante las instancias municipales. **No se les reconoce capacidad de iniciativa para buscar el desarrollo de su centro de abastos**, cualquier acción debe ser previamente consultada y aprobada en Asamblea General de Asociados, lo que ciertamente le da carácter democrático pero es poco operativo al restarle capacidad de gerenciar el desarrollo del conjunto comercial.

Una metodología muy utilizada y difundida por los gobiernos locales en la última década la representan las mesas de concertación del comercio. Estos espacios de diálogo y encuentro del comerciante con el gobierno local, permiten establecer acuerdos y compromisos, **lo malo de estos sistemas lo representa la inercia en la que frecuentemente se cae, la ‘reunionitis’ se hace permanente sin arribar a acuerdos con plazos concretos**, la concertación eterna desconcierta y desalienta a aquellos que sí sienten posible la revalorización del comercio local, desperdiándose recursos humanos y económicos que servirían para generar

desarrollo económico desde el tejido comercial local, creando condiciones en que ganen todos los actores involucrados, el comerciante, las autoridades y los usuarios⁽¹³⁹⁾ (el resaltado es nuestro).

Aparte de superar los graves problemas antes señalados, los gobiernos locales deben implementar una política municipal de comercialización que busque principalmente:

- Que haya acceso a los principales centros de comercialización de productos.
- Que los comerciantes urbanos gocen de infraestructura de mercados adecuados, en espacio y servicios.
- Educación a la población sobre régimen y costumbres alimenticias adecuadas.
- Que los consumidores no paguen precios elevados debido a dificultades en la cadena de distribución.
- Publicidad respecto de los precios que ofrecen los mercados a la población, con la ayuda de los medios de comunicación de su jurisdicción.
- Procedimientos y mecanismos eficientes para que los vecinos puedan hacer sus reclamos y presentar sus demandas, en coordinación con otras entidades estatales.
- Educación a los comerciantes sobre técnicas de administración y comercialización.
- Educación a los comerciantes sobre conductas de buen servicio a los consumidores.
- Reubicación, de ser el caso, de los mercados a zonas más adecuadas tanto para comerciantes como para la mayoría de la población.
- Recojo de la basura y ordenamiento del tráfico que genera el desarrollo de la actividad.
- Búsqueda de un eficiente traslado de los productos de las zonas rurales hacia los centros de abasto.
- Control de las condiciones sanitarias de los alimentos, en coordinación con otros niveles de gobierno, el Ministerio Público, autoridades de Salud e Indecopi.
- Promoción y ejecución de eventos que generen mayores ventajas en términos económicos y de bienestar social para la población, como ferias, organizaciones de compra, organizaciones de consumidores, entre otros.
- Preparación de personal técnico especializado para la implementación y el control de las acciones municipales en esta materia.
- Creación de formas de participación ciudadana en los programas de supervisión y control sobre abastecimiento y comercialización municipal.

(139) GARCÍA CALDERÓN SÁNCHEZ, Luis. *El mercado de barrio hace ciudad*. Taller Urbano - Desarrollo Económico Local - DESCO - Documento de Trabajo. s/f. Págs. 8 y 9. <http://www.google.com.pe/search?hl=es&biw=1040&bih=636&noj=1&scient=psy-ab&q=el+mercado+de+barrio&oq=el+mercado+de+barrio&gs_l=serp.3..0i30i2j0i8i30.7565.9988.0.10311.20.19.0.0.0.0.182.1699.13j6.19.0...0.0...1c.qdkx-8FBj5Y>

- Respeto a las leyes y reglamentos sobre la materia, tanto por los comerciantes y la autoridad administrativa como por los vecinos.

Comercio ambulatorio

La regulación y control del comercio ambulatorio es una facultad especial de los municipios, que ha sido definido por el TC como “un acto específico de tolerancia para el uso temporal de la vía pública”.

Uno de los aspectos importantes que merecen resaltarse del análisis del TC, en cuanto al comercio ambulatorio, es el control respecto a hechos y petitorios que no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado, desestimando las demandas en muchos casos. Un ejemplo claro, es la STC Exp. N° 03505-2009-AA⁽¹⁴⁰⁾, en cuanto señala:

“2. Que en concreto el objeto de la demanda es cuestionar tanto la Resolución de Gerencia N° 080-2005-GSC/MVES, mediante la cual la emplazada dispone la clausura definitiva del local de la demandante por constituir un nivel de riesgo alto con una probabilidad de ocurrencia inminente con perjuicio para la vida, la salud y el patrocinio, así como la Resolución de Gerencia N° 084-2005-GSC/MVES y la Resolución de Alcaldía N° 797-2005-ALC/MVES, por las que se desestiman los recursos impugnativos interpuestos contra la referida resolución de gerencia; es decir, lo que en realidad se pretende cuestionar son actos administrativos emanados de un ente municipal, lo cual corresponde al proceso contencioso administrativo, conforme expresamente lo establece el numeral 3 del artículo 52 de la Ley N° 27972, Orgánica de Municipalidades. Dicho proceso no solo resulta una vía alternativa al proceso de amparo, sino que, además, permite la actuación de medios probatorios, presentándose como un mecanismo más eficaz para dilucidación de pretensiones como las de la empresa demandante, vale decir, la impugnación de resoluciones que resuelven un asunto de carácter administrativo. Por lo tanto, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional, debe desestimarse la demanda”.

En la STC Exp. N° 05420-2008-AA/TC, demanda de amparo contra la Municipalidad Provincial de Huancayo, interpuesta por la Asociación de Vendedores de Artículos Diversos Repotenciados y otros de la Feria Dominical de Huancayo, alegando que desde hace 2 meses se les viene amenazando de manera arbitraria y sistemática con ser desalojados de la Zona de Yanama, de no aceptar ser reubicados a otra plaza, razonó del modo siguiente:

“5. De conformidad con los artículos 55 y 56 de la Ley N° 27972 - Ley Orgánica de Municipalidades (en adelante LOM), estas instituciones tienen competencia y atribuciones para conservar y administrar los bienes de dominio público local, planificar el desarrollo urbano de sus circunscripciones, así como para regular y controlar el comercio ambulatorio. La autorización para el comercio ambulatorio es un **acto específico de tolerancia** por el que las municipalidades facultan a particulares a realizar un uso especial de los bienes públicos. Las características

(140) Otro caso similar, es la STC Exp. N° 02599-2009-AA/TC, Caso Lima Norte Estación Santa Rita SAC.

de este tipo de autorizaciones son: **acto jurídico unilateral, revocable y puede ser objeto de tasa.**

6. La Municipalidad Provincial de Huancayo, a través de su Gerencia de Desarrollo, Económico, Turismo y Comercio Informal, autorizó a los comerciantes a vender en la Zona de Yanama (zona regulada), tal como se advierte de los recibos por concepto de autorización para comerciantes esporádicos, cuyo valor es de S/. 1.60 (un nuevo sol con sesenta céntimos). Sin embargo, dichas autorizaciones son temporales, es decir, solo tiene vigencia para el día en que ejercen el comercio, puesto que después caduca. En ese sentido, la demandante no puede alegar que cuenta actualmente con alguna autorización municipal, por cuanto las que ha adjuntado ya han caducado.

(...)

10. El ejercicio del comercio ambulatorio está sujeto a regulación de los gobiernos municipales y regionales en el marco de sus atribuciones. Por ello debe entenderse que la actividad que se desarrolle está sujeta a la autorización municipal o regional según corresponda, porque el lugar donde se ejercita dicha actividad económica (en el caso concreto en la vía pública) son bienes de dominio público, por lo que, teniendo en cuenta los fundamentos 5 y 6 *supra*, los demandantes actualmente no poseen dichas autorizaciones municipales, por consiguiente, no se ha vulnerado derecho alguno”.

Frente a la demanda de amparo contra los mandatos municipales estableciendo zonas rígidas, el TC también ha emitido pronunciamiento que vale reseñar. En la STC Exp. N° 00631-2011-AA/TC, donde una asociación de comerciantes solicita que se declare nulo un Acuerdo de Concejo que declara zona rígida un determinado sector de su jurisdicción y se prohíbe el comercio ambulatorio, resaltando la necesidad de quien demanda protección debe contar con la licencia de funcionamiento. El TC declara improcedente la demanda, basado en el siguiente argumento: “5. Que al margen de los derechos por los que reclama la entidad demandante, este Colegiado considera que lo que en el fondo persigue con la presente demanda es proteger el ejercicio de la libertad de comercio y empresa de quienes son sus integrantes. En dicho contexto es pertinente recordar que los citados derechos permiten a quienes, como los demandantes, se dedican a la actividad comercial ambulatoria optar libremente por ejercer sus actividades dentro de diversos giros económicos disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual; no obstante, resulta oportuno precisar que la legitimidad activa para demandar protección de estos derechos **implica la titularidad de una licencia de funcionamiento emitida por la autoridad edil correspondiente, situación que no se evidencia en el presente caso, en la que no cuenta con la citada autorización, motivo por el cual no se puede demandar protección de algo que en principio se carece”.**

Otro caso es la demanda de amparo presentada por la Asociación de Comerciantes Centro Comercial La Pera - Adecoper, en contra de la Municipalidad Provincial de Piura (STC Exp. N° 02243-2010-AA), con el objeto que se declare inaplicable a los miembros de la Asociación la Ordenanza Municipal N° 19-00-CMPP, de modo que no se les desaloje de sus puestos comerciales ubicados en el Sector del Mercado Modelo de Piura, los que ocupan legalmente desde hace varios años, en protección de sus derechos constitucionales de asociación y al trabajo. El TC declara improcedente la demanda, basado en los siguientes argumentos:

“9. Que la emplazada al dictar la Ordenanza Municipal N° 19-00-CMPP (f. 6), ha actuado dentro del marco de sus competencias, como se advierte del artículo 83 de la Ley N° 27972, Orgánica de Municipalidades. De otro lado, no se advierte que haya lesionado derecho alguno, como se expone a continuación:

a. Sobre el derecho de asociación, no se advierte que haya sido vulnerado, dado que los miembros de la asociación demandante no han sido impedidos de ejercer sus derechos al interior de la asociación, tales como de afiliación, desafiliación, derechos de participación, etc.

b. Respecto del derecho al trabajo, igualmente no se advierte la violación de ningún tipo, dado que su ejercicio está vinculado y sujeto al cumplimiento de las normas vigentes en nuestro ordenamiento vigente.

c. Finalmente, en lo que importa al derecho de propiedad, no se aprecia que la parte demandante lo haya acreditado, tanto más cuando alega únicamente la posesión del predio o de la parte del mismo que ocupa, derecho este último de naturaleza infraconstitucional que carece de amparo o protección a través de los procesos constitucionales, en razón de su propia naturaleza.

10. Que de otro lado, de los considerandos de la Ordenanza cuestionada se advierte que su objeto es lograr la desocupación de los espacios públicos que están siendo ocupados en el Complejo de Mercados (veredas, pistas, áreas verdes, zonas de parqueos, pasajes y puertas, entre otros). En ese sentido, los demandantes no han acreditado que los espacios que están ocupando sean de su propiedad o dominio o que tengan título suficiente para ocupar tales áreas, razón por la cual la demanda debe ser desestimada.

11. Que finalmente, en relación al pedido de inaplicabilidad de la Ordenanza Municipal N° 19-00-CMPP, el proceso de amparo no es el idóneo para realizar un examen abstracto sobre el precitado dispositivo; en todo caso, en aplicación del artículo 138 de la Constitución, en un proceso como el de autos cabe realizar el control difuso de una norma siempre que se advierta vulneración de un derecho fundamental, situación que como precedentemente ha sido advertida, no ha ocurrido en los hechos planteados en autos”.

También es conveniente analizar el caso de las entidades sin fines de lucro con respecto a las acciones de control de la legalidad por parte de las municipalidades. En la STC Exp. N° 03341-2010-AA, donde la actora (asociación sin fines de lucro), sustenta su demanda de amparo en que sin haber sido notificada de la Resolución de Sanción N° 1506-2007/MDV, la Municipalidad de Ventanilla, por intermedio de su ejecutor coactivo, procedió a disponer el cierre temporal del establecimiento que conduce, denominado Asociación Protectora de Animales y Reservas Ecológicas-OTIMAK; alega, además, que la Ordenanza Municipal N° 015-2006/MDV-CDV, que aprueba el Reglamento de Aplicación de Multas y Sanciones, en cuya virtud se dispuso la medida de cierre, **no le es aplicable en razón de que la actividad que realiza no tiene fines de lucro**. El TC resuelve del modo siguiente:

“8. El hecho de que la actora sea una asociación sin fines de lucro, con derecho a funcionar sin ningún tipo de traba administrativa, no supone que se encuentre exenta del cumplimiento de los requisitos razonablemente necesarios, según la naturaleza de su actividad. En este aspecto, por ejemplo, las municipalidades son competentes, según lo señala la Constitución en su artículo 195, inciso 8),

concordante con el inciso 4) del citado artículo, para '(d)esarrollar y regular actividades y/o servicios en materia de educación, salud, vivienda, saneamiento, medio ambiente, sustentabilidad de los recursos naturales, transporte colectivo, circulación y tránsito, turismo, conservación de monumentos arqueológicos e históricos, cultura, recreación y deporte, conforme a ley'; de lo que se concluye que el desenvolvimiento del derecho a la libertad de empresa estará condicionado a que el establecimiento tenga una previa permisión municipal.

9. Asimismo, en el marco de lo dispuesto por el artículo 194 de la Constitución Política del Perú, modificado por la Ley N° 28607, que establece que las municipalidades provinciales y distritales tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia, el artículo 49 de la Ley N° 27972 - Ley Orgánica de Municipalidades prevé que las autoridades municipales puedan ordenar la clausura transitoria o definitiva de aquellos establecimientos cuyo funcionamiento infrinjan normas reglamentarias o produzcan efectos perjudiciales para la salud o la tranquilidad del vecindario. En consecuencia, la municipalidad emplazada ha actuado en el ejercicio regular de sus atribuciones.

Por lo expuesto, este Colegiado concluye que la recurrente no contaba con licencia de funcionamiento cuando se le notificó la sanción, y tampoco reunía los requisitos que establece la ley, por lo que la emplazada, en este extremo, no ha vulnerado los derechos fundamentales de gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, definidos en el fundamento N° 6, *supra*".

ARTÍCULO 84.- PROGRAMAS SOCIALES, DEFENSA Y PROMOCIÓN DE DERECHOS

Las municipalidades, en materia de programas sociales, de defensa y promoción de derechos, ejercen las siguientes funciones:

1. Funciones específicas exclusivas de las municipalidades provinciales:
 - 1.1. Planificar y promover el desarrollo social en su circunscripción en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales, de manera concertada con las municipalidades distritales de su jurisdicción.
 - 1.2. Establecer canales de concertación entre las instituciones que trabajan en defensa de derechos de niños y adolescentes, mujeres, discapacitados y adultos mayores. Así como de los derechos humanos en general, manteniendo un registro actualizado.
 - 1.3. Regular las acciones de las Defensorías Municipales de los Niños y Adolescentes, DEMUNA, adecuando las normas nacionales a la realidad local.
 - 1.4. Ejecutar el Programa del Vaso de Leche y demás programas de apoyo alimentario con participación de la población y en concordancia con la legislación sobre la materia, cuando la municipalidad distrital no pueda asumir dicha función.
 - 1.5. Establecer canales de comunicación y cooperación entre los vecinos y los programas sociales.
 - 1.6. Contar con un registro actualizado de organizaciones juveniles de la provincia, así como de su participación activa en la vida política, social, cultural y económica del gobierno local.

- 1.7. Crear una oficina de protección, participación y organización de los vecinos con discapacidad, como un programa dependiente de la Dirección de Servicios Sociales.
2. Funciones específicas exclusivas de las municipalidades distritales:
 - 2.1. Planificar y concertar el desarrollo social en su circunscripción en armonía con las políticas y planes regionales y provinciales, aplicando estrategias participativas que permitan el desarrollo de capacidades para superar la pobreza.
 - 2.2. Reconocer y registrar a las instituciones y organizaciones que realizan acción y promoción social concertada con el gobierno local.
 - 2.3. Organizar, administrar y ejecutar los programas locales de lucha contra la pobreza y de desarrollo social del Estado, propios y transferidos, asegurando la calidad y focalización de los servicios, la igualdad de oportunidades y el fortalecimiento de la economía regional y local.
 - 2.4. Organizar, administrar y ejecutar los programas locales de asistencia, protección y apoyo a la población en riesgo, de niños, adolescentes, mujeres, adultos mayores, personas con discapacidad y otros grupos de la población en situación de discriminación.
 - 2.5. Contribuir al diseño de las políticas y planes nacionales, regionales y provinciales de desarrollo social, y de protección y apoyo a la población en riesgo.
 - 2.6. Facilitar y participar en los espacios de concertación y participación ciudadana para la planificación, gestión y vigilancia de los programas locales de desarrollo social, así como de apoyo a la población en riesgo.
 - 2.7. Promover y concertar la cooperación pública y privada en los distintos programas sociales locales.
 - 2.8. Organizar e implementar el servicio de Defensoría Municipal de los Niños y Adolescentes –DEMUNA– de acuerdo a la legislación sobre la materia.
 - 2.9. Promover el desarrollo integral de la juventud para el logro de su bienestar físico, psicológico, social, moral y espiritual, así como su participación activa en la vida política, social, cultural y económica del gobierno local.
 - 2.10. Resolver administrativamente los conflictos entre vecinos y fiscalizar el cumplimiento de los acuerdos de las juntas de propietarios de edificios y de las juntas vecinales de su localidad, con facultad para imponer sanciones por dichos incumplimientos, luego de una obligatoria etapa de conciliación extrajudicial.
 - 2.11. Ejecutar el Programa del Vaso de Leche y demás programas de apoyo alimentario con participación de la población y en concordancia con la legislación sobre la materia.
 - 2.12. Crear la Oficina de Protección, Participación y Organización de los vecinos con discapacidad como un programa dependiente de la dirección de servicios sociales.
3. Funciones específicas compartidas de las municipalidades distritales:
 - 3.1. Difundir y promover los derechos del niño y del adolescente, de la mujer y del adulto mayor, propiciando espacios para su participación en el nivel de las instancias municipales.
 - 3.2. Promover, organizar y sostener, de acuerdo a sus posibilidades, cunas y guarderías infantiles, establecimientos de protección a los niños y a personas con impedimentos y ancianos desvalidos, así como casas de refugio.
 - 3.3. Promover la igualdad de oportunidades con criterio de equidad.

CONCORDANCIAS:

Const.	Arts. 2:13), 194, 197
C.C.	Art. 80
Ley N° 27972	Art. 14
Ley N° 27783	Arts. 41, 42, 43:d) h)
Ley N° 24059	Arts. 1, 2, 3, 4



COMENTARIO

En países como el nuestro, con graves problemas de pobreza y desigualdad social, la acción social del Estado en cuanto a programas sociales, defensa y promoción de derechos, es esencial e imprescindible. Asimismo, las inmensas posibilidades de apoyo a la población que los gobiernos locales pueden ejercer en estos rubros, se pueden ejemplificar con dos programas: el Vaso de Leche y las Demuna, que cumplen tareas trascendentales en pro de la población más pobre y alejada de los beneficios del Estado.

Del reconocimiento y registro de las organizaciones sociales

El numeral 13) del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, reconoce como derecho fundamental de las personas el asociarse y constituir diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con acuerdo de ley; así como el de participar en forma individual o asociada en la vida política, económica y cultural en el gobierno local de la jurisdicción. Asimismo, el art. 194 de la Constitución Política del Perú señala que las municipalidades cuentan con autonomía económica, administrativa y política en los asuntos de su competencia, y en su art. 197, prescribe que los gobiernos locales promueven, apoyan y reglamentan la participación vecinal en el desarrollo local conforme a Ley.

La Ley que desarrolla la Constitución respecto al ámbito municipal es la LOM, precisando en su art. IV del Título Preliminar que los gobiernos locales representan al vecindario y promueven el desarrollo integral sostenible y armónico de su circunscripción. El numeral 6 del artículo 113 de la Ley N° 27972, señala que los vecinos ejercen sus derechos de participación vecinal en la municipalidad de su distrito a través de juntas vecinales, comités de vecinos, asociaciones vecinales, organizaciones comunales u otras similares de naturaleza vecinal. El artículo 111 de la acotada ley, establece que los vecinos de una circunscripción municipal intervienen en forma individual o colectiva en la gestión administrativa y de gobierno en la municipalidad de su circunscripción, a través de mecanismos de participación vecinal establecidos por cada municipalidad. El numeral 5 del art. 73 en concordancia con el art. 112 de la LOM, señala entre sus funciones y competencias especiales de los gobiernos locales, en materia de participación vecinal, promover, apoyar y reglamentar la participación vecinal en el desarrollo local, así como organizar los registros de organizaciones sociales y vecinales de su jurisdicción. El art. 84 de la LOM, detalla que los gobiernos locales en materia de programas sociales, de defensa y promoción de derechos, tienen como función primordial planificar y concertar el desarrollo social en su circunscripción, reconocer y registrar a las instituciones y organizaciones que realizan acción y promoción social concertada, así como facilitar y participar en los espacios de concertación y participación ciudadana para la planificación, gestión y vigilancia de los programas locales de desarrollo social.

Por su parte, el artículo 80 del Código Civil define a la asociación como una organización estable de personas naturales o jurídicas, o de ambas, que a través de una actividad común persigue un fin no lucrativo; siendo por tanto, la asociación un mecanismo de agrupación mediante el cual los vecinos pueden participar en la gestión municipal, si bien de acuerdo al cumplimiento de ciertos requisitos a que haremos referencia más adelante.

Otra forma de participación son las Organizaciones Sociales, que ha sido definido como toda forma organizativa de personas naturales, jurídicas o de ambas, que se constituyen sin fines lucrativos, políticos, partidarios ni confesionales, por su libre decisión, bajo las diversas formas previstas por la ley, que buscan la defensa y promoción de sus derechos, de su desarrollo colectivo y el de su localidad.

En concordancia con las normas indicadas y en concordancia con el artículo 17 y el inc. g) del art. 42 de la Ley N° 27783 - Ley de Bases de la Descentralización, los gobiernos locales tienen la obligación, a través de sus respectivos Concejos Municipales, de emitir una Ordenanza Municipal, que contemple los requisitos y mecanismos para el registro ordenado de todas las organizaciones sociales que dentro de su competencia territorial (o jurisdicción), acceden al mecanismo de participación ciudadana, con una doble finalidad: a) que las instituciones obtengan un reconocimiento municipal y puedan ser sujetos de derechos y obligaciones en las diferentes instituciones tanto en el ámbito de su jurisdicción como en su relación como otros organismos del Estado, y b) que el objetivo sea la implementación de políticas conjuntas población-gobierno, para el desarrollo una actividad de interés común.

Las organizaciones sociales pueden clasificarse en términos generales (cada entidad debe adecuarlo a su propia realidad) en:

A) Organizaciones de ámbito territorial.- Agrupaciones sin fines de lucro, cuya conexión nace de compartir un mismo espacio físico y se reúnen para promover actividades conjuntas de interés vecinal. Entre otras pueden ser las siguientes:

- Asentamientos humanos
- Comité vecinal
- Urbanización popular de interés social
- Cooperativas de vivienda
- Centros poblados rurales
- Junta vecinal comunal
- Asociación de pobladores
- Asociación de vivienda
- Asociación de propietarios
- Asociación de parceleros
- Asociación de posesionarios
- Asociación de familias.

Cuando alguna de estas organizaciones solicitan el reconocimiento, las entidades no deberán otorgarlas, si los terrenos ocupados por el agrupamiento humano son de uso público, los terrenos están reservados para servicios públicos, se asienten en zonas arqueológicas o constituyan patrimonio cultural de la nación, estén ubicadas en zonas de riesgo, zona agrícola, zona intangible o de protección ecológica. El área encargada tiene que poner mucho celo en la investigación previa de la documentación presentada por estos organismos o en las inspecciones que se programen para el efecto, por las implicancias jurídicas de responsabilidad que conllevaría un reconocimiento que afecte áreas restringidas a la actividad poblacional.

B) Organizaciones Sociales de Base (OSB). Organizaciones sin fines de lucro, autogestionarias, formadas por agrupación de personas de bajos recursos económicos para enfrentar principalmente el problema esencial de alimentación. Entre otras, pueden ser las siguientes:

- Clubes de madres
- Comedores populares
- Comités de vaso de leche
- Comedores parroquiales
- Centros materno infantiles

C) Otras organizaciones. Agrupaciones cuya finalidad es alcanzar un objetivo relacionado con cierta actividad concreta. Entre otras, pueden ser las siguientes:

- Comités de gestión
- Organizaciones culturales
- Organizaciones deportivas
- Organizaciones de estudiantes
- Organizaciones de artesanos
- Organizaciones de personas con discapacidad
- Organizaciones de adultos mayores
- Organizaciones de comerciantes
- Organizaciones de empresariales

El listado de organizaciones es referencial y pueden existir otras de acuerdo al objetivo de cada tipo de organización. Esto también conlleva a que pueda existir una organización que agrupe a un conjunto de organizaciones afines.

Para la inscripción de las organizaciones y la promoción de su participación concreta en la gestión municipal, los Gobiernos deben reforzar sus subgerencias o áreas de participación vecinal, de forma tal que existe un control ordenado de todas las organizaciones pertenecientes a una determinada jurisdicción. Posteriormente al acto de reconocimiento e inscripción, también será necesaria su inscripción en caso de modificación o renovación de su consejo directivo.

Frente a resoluciones aprobatorias o denegatorias del acto de reconocimiento e inscripción, proceden las impugnaciones a efectos de que sea resueltas por el órgano superior de quien resuelve en primera instancia, de acuerdo con los preceptos regulados en la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General; sin desmedro de que la Entidad agote el mecanismo de conciliación con las organizaciones involucradas.

Comedores populares

Son parte de la asistencia alimentaria, los comedores populares, cuya base es la R.J. N° 609-2003-PRONAA-J - Reglamento para Comedores, norma que tiene por objeto regular y orientar la organización y funcionamiento de los comedores en relación directa y exclusiva con el apoyo que reciben de los Programas de Complementación alimentaria administrados por el Programa Nacional de Asistencia Alimentaria - Pronaa o gobiernos locales, con la finalidad de elevar el nivel alimentario de la población en situación de pobreza y extrema pobreza.

Un comedor popular es una Organización Social de Base (OSB), conformada por mujeres, cuyas actividades principales son la preparación de alimentos y el apoyo social. Pueden ubicarse tanto en zonas de pobreza y extrema pobreza. Dentro de esta denominación se engloba a: comedor popular, comedor de clubes de madres, comedor parroquial y otros afines. Por su parte, una Organización Social de Bases (OSB), es una organización autogestionaria, conformadas por iniciativa de personas de bajos recursos económicos, para enfrentar sus problemas alimentarios con la finalidad de alcanzar un desarrollo humano integral. Estando prohibida la búsqueda de fines políticos. Los beneficiarios de los comedores populares, son las familias que viven en las zonas de pobreza y pobreza extrema, específicamente el apoyo alimentario estará destinado preferentemente a personas y/o familias vulnerables y en alto riesgo nutricional y/o alimentario, especialmente: niños, niñas, madres gestantes, madres lactantes y adultos mayores.

A fines de que un comedor acceda al apoyo alimentario otorgado por los programas de complementación alimentaria, estos deberán cumplir con los siguientes requisitos: a) contar con inscripción vigente en el Registro de Organizaciones Sociales de Base-OSB; b) contar con un mínimo de 15 socias activas; c) tener los Libros de Actas de Asamblea General y Junta Directiva debidamente legalizados por Notario Público o Juez de Paz; d) contar con Junta Directiva vigente; e) no debe existir otro comedor que reciba apoyo alimentario a menos de 500 metros a la redonda en el caso de los Comedores ubicados en zona urbana. En el caso de las ubicadas en zonas rurales se realizará una evaluación previa; f) poseer un reglamento Interno aprobado; g) contar con un padrón de socias; h) contar con cuaderno de gastos diarios y raciones; i) contar con libro de balance (solo en el caso de solicitar subsidio económico); j) contar con lugares adecuados para la recepción, almacenaje y preparación de los alimentos; k) proyectar la preparación de un mínimo de 50 raciones diarias en el caso de las familias ubicadas en zonas urbanas. En el caso de los ubicados en zonas rurales, cuando la asistencia no sea diaria el requisito se tendrá por cumplido, si como mínima la atención proyectada es de 3 veces por semana y las raciones por vez no son menores a 80; l) en el caso de los Programas de Complementación Alimentaria administrados por el Pronaa, contar con un informe favorable de parte de la gerencia local.

Es importante tener en cuenta que para la admisión y registro de un comedor popular, es **indispensable el cumplimiento de los requisitos antes expuestos**.

Otra norma también importante que deben tener en cuenta los gobiernos locales, es la R.M. N° 131-2012-MIDIS, que aprueba la Directiva N° 004-2012-MIDIS, “Lineamientos para la gestión articulada intersectorial e intergubernamental orientada a reducir la desnutrición crónica infantil, en el marco de las políticas de desarrollo e inclusión social”, que tiene como objetivo general: Establecer los lineamientos para la selección de distritos y de intervenciones efectivas orientadas a reducir la desnutrición crónica infantil, sobre la base de un proceso de articulación intersectorial e intergubernamental, y como objetivos específicos: a) establecer los ámbitos geográficos priorizados para la implementación de intervenciones efectivas dirigidas a reducir la desnutrición crónica infantil; y b) establecer las intervenciones efectivas orientadas a reducir la desnutrición crónica infantil, a ser implementadas por los gobiernos regionales, gobiernos locales, sectores y programas sociales.

ARTÍCULO 85.- SEGURIDAD CIUDADANA

Las municipalidades en seguridad ciudadana ejercen las siguientes funciones:

1. **Funciones específicas exclusivas de las municipalidades provinciales:**
 - 1.1. **Establecer un sistema de seguridad ciudadana, con participación de la sociedad civil y de la Policía Nacional, y normar el establecimiento de los servicios de serenazgo, vigilancia ciudadana, rondas urbanas, campesinas o similares, de nivel distrital o del de centros poblados en la jurisdicción provincial, de acuerdo a ley.**
 - 1.2. **Ejercer la labor de coordinación para las tareas de defensa civil en la provincia, con sujeción a las normas establecidas en lo que respecta a los Comités de Defensa Civil Provinciales.**
2. **Funciones específicas compartidas de las municipalidades provinciales:**
 - 2.1. **Coordinar con las municipalidades distritales que la integran y con la Policía Nacional el servicio interdistrital de serenazgo y seguridad ciudadana.**
 - 2.2. **Promover acciones de apoyo a las compañías de bomberos, beneficencias, Cruz Roja y demás instituciones de servicio a la comunidad.**
3. **Funciones específicas exclusivas de las municipalidades distritales:**
 - 3.1. **Organizar un servicio de serenazgo o vigilancia municipal cuando lo crea conveniente, de acuerdo a las normas establecidas por la municipalidad provincial respectiva.**
 - 3.2. **Coordinar con el Comité de Defensa Civil del distrito las acciones necesarias para la atención de las poblaciones damnificadas por desastres naturales o de otra índole.**
 - 3.3. **Establecer el registro y control de las asociaciones de vecinos que recaudan cotizaciones o administran bienes vecinales, para garantizar el cumplimiento de sus fines.**

CONCORDANCIAS:

Const. Arts. 44, 166, 197
Ley N° 27972 Arts. 73, 85

Ley N° 27933 Art. 1
Ley N° 30055 Art. 1

COMENTARIO

La Constitución Política contiene tres normas directamente relacionadas al tema de la seguridad ciudadana:

“Artículo 44.- Son deberes primordiales del Estado defender la soberanía nacional, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, proteger a la población de las amenazas contra su seguridad, y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la nación. Asimismo, es deber del Estado establecer y ejecutar la política de fronteras y promover la integración, particularmente Latinoamericana así como el desarrollo y la cohesión de las zonas fronterizas en concordancia con la política exterior”.

“Artículo 166.- La policía Nacional tiene por finalidad fundamentar, garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las Leyes y la seguridad del patrimonio público y privado. Previene, investigación y combate la delincuencia. Vigila y controla las fronteras”.

“Artículo 197.- Las municipalidades promueven, apoyan y reglamentan la participación vecinal en el desarrollo local; asimismo, brindan servicios de seguridad ciudadana, con la cooperación de la Policía Nacional del Perú conforme a Ley”.

El art. 73, numeral 2.5, de la LOM concibe a la seguridad ciudadana como un servicio público local y las funciones específicas y compartidas en el presente art. 85 de la LOM. En realidad, si bien el papel de los gobiernos locales es esencial en materia de seguridad ciudadana, la gravedad del tema en la hora actual rebasa su capacidad operativa y es eminentemente una competencia compartida entre todos los niveles de gobierno (nacional, regional y local), la Policía Nacional y la población civil organizada.

El papel del Estado en su conjunto, en materia de seguridad ciudadana, ha sido desarrollada por la Ley N° 27933 - Ley del Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana y su reglamento - D.S. N° 012-2003-IN, normas que conciben a la seguridad ciudadana como (art. 2 de la Ley): “La acción integrada que desarrolla el Estado, con la colaboración de la ciudadanía, destinada a asegurar su convivencia pacífica, la erradicación de la violencia y la utilización pacífica de las vías y espacios públicos. Del mismo modo, contribuir a la prevención de la comisión de delitos y faltas”.

La mencionada ley concibe el papel del Estado frente a la seguridad ciudadana como un sistema, por lo que crea el Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana (Sina-sec) como el sistema funcional encargado de asegurar el cumplimiento de las políticas públicas que orientan la intervención del Estado en materia de seguridad ciudadana, destinado a garantizar la seguridad, la paz, la tranquilidad, el cumplimiento y respeto de las garantías individuales y sociales a nivel nacional para lograr una situación de paz social y la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades.

Objetivos del Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana

Son objetivos del Sinasec: a) asegurar el cumplimiento de las políticas públicas que requieren la participación de las entidades del Estado, a nivel intergubernamental, en materia de seguridad ciudadana; b) promover y coordinar eficazmente la participación de las diferentes instituciones públicas, privadas y sociedad civil en materia de seguridad ciudadana y promover la participación ciudadana para garantizar una situación de paz social; c) desarrollar mecanismos de control y vigilancia ciudadana respecto del quehacer de los organismos del Sector Público y Gobiernos Locales, d) motivar a la comunidad para que apoye activamente el esfuerzo multisectorial por mejorar la seguridad local; e) priorizar y desarrollar las políticas multisectoriales preventivas del delito; f) coordinar las políticas, lineamientos y especificaciones técnicas a fin de garantizar la estandarización e interoperabilidad de los sistemas de video vigilancia y radio comunicación a nivel nacional para la seguridad ciudadana.

Instancias integrantes del Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana

Son instancias integrantes del Sinasec: a) Consejo Nacional de Seguridad Ciudadana, cuenta con una Secretaría Técnica, que depende de la Presidencia de la República y es presidido por el Presidente del Consejo de Ministros; b) comités regionales de seguridad ciudadana, presidido por el Presidente del Gobierno Regional; c) comités provinciales de seguridad ciudadana, presidido por el alcalde provincial; y d) comités distritales de seguridad ciudadana, presidido por el alcalde distrital.

Comités de seguridad ciudadana

Los Comités a su vez están integrados por la autoridad política de mayor nivel de la localidad, el jefe policial de mayor graduación de la jurisdicción, la autoridad educativa del más alto nivel, la autoridad de salud o su representante, un representante del Poder Judicial, un representante del Ministerio Público, el Defensor del Pueblo o el que hiciera sus veces, los alcaldes distritales o de centros poblados, el coordinador de las juntas vecinales, un representante de las rondas campesinas donde las hubiera.

De esta forma se completa un sistema orgánico local, cuyas principales funciones son:

- a) Estudiar y analizar los problemas de seguridad ciudadana a nivel de sus respectivas jurisdicciones.
- b) Promover la organización de las juntas vecinales de su jurisdicción.
- c) Formular, ejecutar y controlar los planes, programas y proyectos de Seguridad Ciudadana en sus respectivas jurisdicciones.
- d) Ejecutar los planes, programas y proyectos de seguridad ciudadana dispuestos por el Consejo Nacional de Seguridad Ciudadana.
- e) Supervisar la ejecución de los planes y programas de seguridad ciudadana.
- f) Celebrar convenios institucionales.
- g) Coordinar y apoyar los planes, programas y/o proyectos de seguridad ciudadana con las jurisdicciones colindantes.

En enero del año 2000, se publicó el documento *Task forces: agenda para la primera década*, donde se debatieron y plantearon propuestas en seguridad ciudadana, cuyos ejes centrales se mantienen vigentes y pasamos a reseñar⁽¹⁴¹⁾:

Definición de seguridad ciudadana

Luego de reconocer la dificultad para definir el término, el documento adopta el siguiente (“muy completo, aunque no necesariamente la más difundida”), de autoría de Luis Giampetri:

“Seguridad ciudadana es la situación ideal de orden, solidaridad y paz. Es generada por los propios ciudadanos agrupados en comunidades y expresada a través del respeto de los derechos y cumplimientos de las obligaciones individuales y colectivas. Se logra mediante la realización de acciones promovidas y coordinadas por los gobiernos locales que utilizan los mecanismos que les da la ley. Requiere la participación activa de la población tanto individual como colectivamente a través de sus instituciones”.

Lo resaltante de esta definición es el carácter colectivo de la seguridad ciudadana y el papel central de los gobiernos locales, como eje de acción y coordinación con las demás autoridades, población y entidades involucradas. Esta visión, guarda correlación con la primera parte del artículo que comentamos, que precisa que corresponde a las municipalidades: “Establecer un sistema de seguridad ciudadana, con participación de la sociedad civil y de la Policía Nacional, y normar el establecimiento de los servicios de serenazgo, vigilancia ciudadana, rondas urbanas, campesinas o similares, de nivel distrital o de centros poblados en la jurisdicción provincial, de acuerdo a ley”.

Este sistema local se manejará en armonía con los sistemas regionales y nacional de seguridad ciudadana; teniendo en cuenta, además, que el rol que cumplen los gobiernos locales no puede suplantar al que cumple la Policía Nacional, pero sí coordinar con ella en la toma de acciones preventivas y represivas.

El papel de las municipalidades

El rol de los gobiernos locales en materia de seguridad ciudadana se centra básicamente en los serenazgos.

“No hay duda de que los serenazgos le vienen ganando las calles a la Policía en Lima. Aunque este no es un estudio comparativo, sí demuestra que los serenazgos están ocupando de manera rápida un espacio que, tradicionalmente, le correspondía a la Policía. Hay diversas evidencias de ello. Veamos.

Primero, es verdad que la presencia de los serenazgos no es uniforme en toda la ciudad, pero también es verdad que esta institución ha dejado de ser patrimonio de los distritos más acomodados. El ejemplo de los serenazgos se está extendiendo rápidamente en todos los distritos. Lo que en un momento pudo parecer una respuesta momentánea y exclusiva de los estratos altos, plantea como una alternativa a las dificultades que el terrorismo representó para la

(141) ORTIZ DE ZEVALLOS, Gabriel y POLLAROLO, Pierina (editores). *TASK FORCES: agenda para la primera década. Seguridad Ciudadana*. Instituto Apoyo, Lima, enero de 2000, pp. 11, 14-17, 22-24, 35, 37. En: <<http://www.seguridadidl.org.pe/infodocs/agendadec.pdf>>.

presencia policial, se ha convertido en un fenómeno permanente y crecientemente demandado en todos los sectores sociales y a lo largo y ancho del país, tanto en ciudades grandes como pequeñas. Los serenazgos están aquí para quedarse y son un componente importante de la arquitectura institucional de la seguridad ciudadana. Hay diversos indicadores de esto: su avance normativo, la expansión de la inversión municipal y su incorporación definitiva a la estructura de los gobiernos locales.

Segundo, su creciente legitimidad social, que se traduce principalmente en la mayor demanda ciudadana por sus servicios. Si al principio los serenazgos contribuyeron a los esfuerzos de los alcaldes por recuperar las calles y la autoridad en sus distritos, poco a poco se fueron transformando en un auténtico servicio ciudadano, que atiende las 24 horas del día, usualmente por teléfono.

Hoy día son requeridos para una gama muy amplia de intervenciones, desde las referidas a problemas de convivencia –como, por ejemplo, los ruidos molestos, el consumo de alcohol y drogas en la vía pública, la prostitución y las riñas– hasta las asociadas con la actividad criminal, tales como la microcomercialización de drogas y todo tipo de delitos patrimoniales, que incluyen desde robos al paso y de autopartes hasta robos de vehículos y en viviendas. Entre estos extremos, existe un conjunto de pedidos de intervención ante hechos que pueden o no ser delitos, que comprenden la presencia de sospechosos, los accidentes de tránsito y la violencia familiar y juvenil. En muchos casos, el serenazgo atiende el pedido directamente, mientras que en otros, cuando es necesaria la presencia policial, se encarga de viabilizarla, cumpliendo así el papel de intermediario entre el ciudadano y la Policía.

Esta legitimidad se ve corroborada por las encuestas de opinión pública, que dan cuenta de una mejora gradual y sostenida de la aprobación que los ciudadanos dan a los servicios de serenazgo, tanto en términos absolutos como en términos comparativos con la Policía Nacional. Hace tan solo unos años, esta obtenía una mejor calificación que los serenazgos, mientras que ahora tal situación se ha revertido.

Tercero, la ocupación de las calles propiamente dichas. Da cuenta de ello el rápido crecimiento del número de serenos, de sus medios de transporte y de la inversión municipal, temas que han sido presentados en los capítulos precedentes. En los distritos donde los serenazgos están más consolidados, su presencia en los espacios públicos es mucho mayor que la de la Policía”.

(...)

Este protagonismo es una expresión del fortalecimiento de los gobiernos locales dentro de la estructura del Estado, el que, además, se ha traducido en una suerte de revolución silenciosa y espontánea que viene socavando las bases del viejo Estado centralista. Es verdad que, muy temprano, la Constitución de 1993 reconoció que los gobiernos municipales jugaban un papel en la seguridad ciudadana, pero lo hizo después de que hubieran surgido los primeros serenazgos.

Lo hizo, además, sin financiar su desarrollo, definir sus alcances ni establecer sus interacciones con la Policía Nacional. Por ello, la expansión del servicio es financiada por los propios vecinos, lo que explica su desigual distribución territorial. No cabe duda, sin embargo, de que los serenazgos han representado una

respuesta novedosa y eficaz a la inadecuación del viejo Estado para enfrentar los nuevos desafíos de la seguridad.

El secreto de su éxito no reside tanto en los recursos invertidos –que son muy significativos– ni en el uso de tecnologías de las comunicaciones y de la información –que son de las más avanzadas–, sino principalmente en su concepción del servicio público⁽¹⁴²⁾.

De lo dicho se desprende entonces, la necesidad de reforzar la acción del sereno, con medidas que incentiven la participación ciudadana. Es necesario también el concurso de otros organismos públicos y privados, como: Gobierno central, gobierno regional, Ministerio de Salud, Ministerio de Educación, INPE, Poder Judicial, Ministerio Público, Defensa Civil, Policía Nacional, Sector Privado, colegios profesionales, ONG, iglesias, grupos juveniles, asociaciones vecinales, bomberos, centros educativos y Cruz Roja.

El documento Task Force concluye con importantes propuestas a nivel local, tanto a nivel preventivo como represivo, cuyo análisis e incorporación a la acción municipal, lo consideramos importante.

“Propuestas a nivel local

Las realidades locales se prestan más a respuestas integrales, ya que pueden visualizarse mejor los problemas por atender, así como las posibilidades de organización civil para una participación más concertada.

Además de la creación de equipos multidisciplinarios regionales sobre el tema en cuestión, se consideró importante pensar en actividades muy concretas que promuevan la conciencia ciudadana, como el aprovechamiento de los espacios cívicos existentes, haciéndolas itinerantes, de tal modo que tanto los informes como las ceremonias cívicas puedan descentralizarse y llegar a todas las zonas de la ciudad (asentamientos humanos, pueblos jóvenes y/o instituciones). Esto contribuiría a un mayor acercamiento entre autoridades y ciudadanos de todos los estratos, en igualdad de condiciones.

Se consideró prioritario establecer los mecanismos que permitan comprometer a los ministerios de Salud y de Educación en coordinaciones para lo que puede ser común como la difusión de contenidos de salud mental en la población, desde el ámbito extracurricular.

Asimismo, se destacó que, producto de las distintas tareas que tuvo que asumir la policía durante la época de ‘guerra interna’, existe actualmente una deficiente distribución en el destino de sus miembros en zonas diversas. Ante ello, se sugirió una redistribución de los efectivos policiales de acuerdo a los parámetros siguientes: geográfico, poblacional y especialización.

a) A nivel preventivo

Invertir en la organización de la sociedad civil es un aspecto necesario para impulsar el desarrollo. Sin embargo, los comités de dirección de los barrios

(142) COSTA, Gino y ROMERO, Carlos. *Los serenazgos en Lima*. En: <<http://www.seguridadciudadana.munlima.gob.pe/biblioteca%20virtual/8.pdf>>.

no solo atraviesan por serios problemas de gestión sino que muchas veces carecen de legitimidad, lo que hace imposible una buena coordinación.

Ante esta situación, presente en varios distritos de la ciudad (Piura), el grupo propuso que la municipalidad se haga responsable del reconocimiento de las organizaciones barriales y asegure una estrategia que permita la responsabilidad efectiva de la participación por calles o cuadras. No se trataría solo de acciones de vigilancia sino también de organización de los vecinos y su contribución al mejoramiento de la ciudad que podría estar a cargo de los llamados 'jefes o jefas de calle'.

También se sugirió incluir a las instituciones educativas para operativizar en contenidos y objetivos curriculares aspectos de salud mental, los que tienen relación directa con la etiología de la violencia.

Del mismo modo, se debería involucrar a los medios de comunicación en el diseño y difusión de campañas de participación ciudadana, enfatizando el doble rol que debería cumplir tanto en el ejercicio de derechos como en el cumplimiento de responsabilidades.

Atendiendo a las zonas de alto riesgo y a la falta de presupuesto, se propuso aprovechar la infraestructura de los locales existentes, como colegios e iglesias, para habilitar espacios de participación juvenil.

Respecto de la Policía, además de la clarificación de los servicios que deberían brindar las comisarías (a nivel institucional y como espacio físico), debería recibir un mayor apoyo de la municipalidad en su equipamiento y en el establecimiento de las coordinaciones que sean necesarias para su mejor desempeño.

b) A nivel 'represivo'

El grupo consideró que se percibe la ausencia del Estado, sobre todo en zonas de extrema pobreza. Se sugiere activar su presencia, no solo a nivel de infraestructura, sino también en el mejoramiento del acceso a los servicios (salud, educación, justicia básica), estableciendo normas de contingencia mínimas en caso de falta o delito. Se consideró que debe existir una regulación de los castigos a quienes infringen la ley, pero se advirtió que de seguirse manteniendo la discriminación y la exclusión de la gente pobre a los servicios básicos, será muy difícil disminuir los niveles de criminalidad en estas zonas, sin que ello signifique que los delitos o faltas sean un asunto privativo de los pobres".

Las medidas a adoptarse

En la actualidad el problema de la seguridad ciudadana es tan grave, que los gobiernos locales están obligados, en bien de su población, a adoptar políticas y acciones serias de lucha sobre todo contra la delincuencia por lo que deben contratar para las áreas respectivas profesionales o personas versadas en la materia, adoptar mecanismos que tengan continuidad en el tiempo y que no se agote en el terreno inmediatista.

El crecimiento de la inseguridad asusta y muchas veces existe un repliegue de la acción civil comandada por los gobiernos locales, los que deben entender que su

papel contra la inseguridad no es una lucha frontal sino de organización y coordinación con la policía nacional y los demás entidades involucradas a las que hemos hecho referencia antes.

La ejecución de políticas preventivas y su atención presupuestal, en el marco de un plan organizado y consistente, es un papel ineludible del gobierno local, que trasciende la toma de acciones inmediatistas, teniendo en cuenta que la asistencia con combustible a la Policía, no agota su rol de liderazgo que le asigna la Ley del Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana. De allí que sea importante también, a efectos de su cumplimiento, que se haga efectivo lo que manda la tercera disposición transitoria de la Ley del Sistema de Seguridad Ciudadana (incorporada por la Ley N° 30055, publicada el 30 de junio de 2013): “Los representantes del Ministerio Público ante los comités de seguridad ciudadana denunciarán los incumplimientos por acción u omisión por parte de los funcionarios públicos de los comités regionales, provinciales y distritales de seguridad ciudadana que incumplan lo establecido en la presente Ley y su reglamento. El Ministerio Público determina en cada caso si existen indicios de la comisión de delito de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales contemplados en el artículo 377 del Código Penal, para proceder conforme a ley”. Norma que busca precisamente evitar que las autoridades abandonen sus funciones y su rol protagónico en la lucha contra la delincuencia.

Por otro lado, La Ley N° 30055 ha incorporado el numeral 36 al artículo 20 y un párrafo al artículo 25 de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, en los términos siguientes:

“Artículo 20.- ATRIBUCIONES DEL ALCALDE

Son atribuciones del alcalde: (...)

36. Presidir, instalar y convocar al comité provincial o distrital de seguridad ciudadana, según sea el caso.

Artículo 25.- SUSPENSIÓN DEL CARGO

(...)

Se considera falta grave no instalar y convocar por lo menos una vez cada dos meses al comité de seguridad ciudadana, dispuesto en la Ley N° 27933; así como no cumplir con las funciones en materia de defensa civil contenidas en el artículo 11 de la Ley N° 29664, Ley que crea el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres”.

Modificaciones que tienen el mismo objetivo: hacer que las autoridades locales (alcaldes) cumplan con el rol que la ley les asigna en materia de seguridad ciudadana, de no hacerlo serán pasibles de suspensión en el cargo, además de las responsabilidades penales de ser el caso.

Otras propuestas para los gobiernos locales en materia de seguridad ciudadana

Volviendo al tema de las acciones que los gobiernos locales deben adoptar, el periodista Gustavo Gorriti, condensó algunas medidas prácticas que deben adoptarse

para reforzar la lucha en materia de seguridad ciudadana, que tienen la virtud de incidir en el papel fundamental de la organización y participación ciudadana⁽¹⁴³⁾:

“Las experiencias exitosas en seguridad ciudadana indican que la elección de una estrategia correcta es mucho más importante que la típica compra de vehículos, radios y armas. Que el concepto más importante no es el de represión sino de organización; y que un buen entrenamiento en las acciones propias de la policía comunitaria puede ser mucho más significativo que, digamos, la compra de helicópteros.

¿Qué funciona y qué no funciona en la búsqueda de una estrategia coherente de seguridad ciudadana? En el tiempo que, como queda dicho, observé y estudié el tema, llegué a varias conclusiones, reforzadas por observaciones más recientes.

(...)

Qué funciona.-

- **La Policía Comunitaria**, en estrecha relación con,
- **Las Juntas Vecinales**, de ciudadanos organizados, apoyados por,
- **Las municipalidades**, que deben coordinar y dirigir el esfuerzo conjunto de los vecinos y la comisaría local, organizada bajo la doctrina y los objetivos de la Policía Comunitaria. El campo de acción en seguridad ciudadana debe plantearse en el nivel distrital.
- El paso más importante en todo proceso exitoso es organizar bien a cada uno de los componentes de esta organización, especialmente en la crucial elección de un comisario competente en policía comunitaria.
- El segundo paso debe ser un **diagnóstico preciso** de los recursos del distrito para los objetivos de seguridad comunitaria. (Eso comprende desde los recursos represivos hasta los educativos, deportivos y empresariales). El diagnóstico debe incluir también un mapa del delito muy preciso y detallado.
- El tercer paso es el **control territorial**, incluyendo el avance progresivo en las zonas más infestadas hasta tener un control permanente de todo el distrito. A diferencia de la incursión puramente represiva, esta comprende una ocupación permanente con la policía de proximidad, apoyada por las juntas vecinales y las autoridades municipales.
- El esfuerzo tripartito debe ser acompañado por la instalación de juzgados de paz y de personal del INPE en las comisarías, para administrar justicia pronta y expeditiva en los casos de delitos e infracciones menores, que son, muy de lejos, la mayoría.

El énfasis en esos casos debe darse en la imposición de penas alternativas, sobre todo las que supongan resarcimiento a través de acciones restaurativas.

(143) GORRITI, Gustavo. *La lucha contra el delito*. Reproducción de la columna “Las Palabras” publicada en la edición 2243 de la revista *Caretas*. En: <<http://idl-reporteros.pe/2012/08/02/columna-de-reporteros-91/>>.

- Junto con ello, debe haber programas serios y bien organizados de recuperación (o captación) de jóvenes a través de programas deportivos, educativos y de preparación laboral. Entre las fuerzas vivas del distrito, los colegios (o universidades) y la municipalidad, casi no hay distrito que no tenga los medios como para montar un programa viable.
- ¿Funciona el concepto de Policía Comunitaria? Sí, funciona, y muy bien. Uno de **los mejores ejemplos es el de Nicaragua**, un país pobre, con una guerra civil aún reciente, con políticos corruptos, pero que sin embargo ha sido y es uno de los más seguros en Centroamérica, con una Policía (ahora jefaturada por una mujer, Aminta Granera) que tiene un grado comparativamente muy alto de respeto y confianza de la población. ¿Cuál es la diferencia? La Policía Comunitaria. Tal como dijo Granera en una entrevista reciente a Steve Dudley, de InSight Crime: “El modelo policial aquí es preventivo, proactivo, profundamente conectado con la comunidad. Somos solo 14 mil policías en uniforme, pero trabajamos con 100 mil personas, que forman un servicio voluntario organizado con la Policía, para velar por su propia seguridad (...) la palabra clave y el antídoto contra las pandillas es la inclusión. Y nosotros los vamos a tratar con inclusión antes que con represión”.
- En Río de Janeiro, las unidades policiales de pacificación, basadas en los principios de proximidad y estrecho contacto con la comunidad, han tenido un impacto claramente positivo.
- En el Perú, hay casos notables de éxito en la aplicación de esos principios. Una narrativa apasionante de uno de los más notables se desarrolla en el libro: “Relatos de éxito de un Comisario”, del comandante PNP Julio Díaz Zulueta (IDL, Lima, 2009).
- También hay experiencias sobresalientes de las Juntas Vecinales. Una de las más notables fue la de Cerro El Pino, dirigida por Susano Enciso, que tras una durísima lucha, logró limpiar la zona de la infestación de delincuentes y permitió su desarrollo económico.

Hay delitos, por supuesto, que deben ser enfrentados por unidades especializadas de la Policía, procesadas en el Poder Judicial y terminadas en las cárceles. Son los casos de crimen letalmente violento y de crimen organizado. Pero esos son la minoría.

- **¿Qué no funciona?:** la militarización de la seguridad ciudadana; el uso de la fuerza bruta en lugar de la fuerza entrenada y selectiva.
- Tampoco funciona la excesiva penalización y encarcelamiento, que llena penales con gente que no debiera estar presa.
- La catatonia judicial no solo es nociva como forma de incompetencia sino también es una forma de corrupción.
- Y, por supuesto, los grupos de corrupción en el ministerio del Interior, la Policía, el ministerio Público y el poder judicial están entre los principales enemigos de cualquier esfuerzo a favor de la seguridad ciudadana”.

Plan Nacional de Seguridad Nacional 2013-2018

Recientemente, la Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Seguridad Ciudadana del Ministerio del Interior ha publicado el documento “Plan Nacional de Seguridad Ciudadana 2013-2018”, que es un estudio completo del tema de la seguridad ciudadana, aunque desde la óptica del papel de la Policía Nacional del Perú. Estudio que consideramos de imprescindible revisión por parte de los operadores de la seguridad ciudadana dentro de la organización municipal⁽¹⁴⁴⁾.

Gastos del Plan de Incentivos

Finalmente, una consulta frecuente es si se puede ejecutar gastos relacionados con la seguridad ciudadana en el marco del Plan de Incentivos a la Mejora de la Gestión y Modernización Municipal. Consideramos que sí, teniendo en cuenta que el inc. e) del art. 2 del D.S. N° 04-2012-EF que aprueba los procedimientos para el cumplimiento de metas y la asignación de los recursos de dicho plan, establece que son fines y objetivos de dicho plan “mejorar la provisión de servicios públicos”, concordante con el numeral 2.5 del art. 73 de la LOM que define a la seguridad ciudadana como un servicio público local.

La labor de un policía municipal según el TC

El TC ha establecido la naturaleza permanente de las labores de un policía municipal, STC Exp. N° 00998-2011-AA, como trabajo relacionado a la Seguridad Ciudadana, a la que considera una de las funciones principales de las municipalidades:

“7. De la misma forma es necesario mencionar que este Tribunal considera que las labores de un Policía Municipal no pueden ser consideradas como eventuales debido a que son de naturaleza permanente en el tiempo por ser la Seguridad Ciudadana una de las funciones principales de las municipalidades, estando sujetas a un horario de trabajo y a un superior jerárquico, tal como lo hemos dilucidado en causas similares (SSTC Exps. N°s 06235-2007-PA/TC, 4058-2008-PA/TC, 1896-2008-PA/TC, entre otras)”.

Certificados domiciliarios

La Ley N° 27839 - Ley que establece la obligación de expedir certificaciones domiciliarias, establece que los Jueces de Paz expedirán los certificados de constatación domiciliaria en los casos señalados en la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como los gobiernos locales dentro de su jurisdicción, de acuerdo con la modificación introducida por la Ley N° 28862, que retira esta atribución a la Policía Nacional del Perú.

Para que los gobiernos locales pueda expedir los certificados domiciliarios, debe haberse establecido el procedimiento en su Texto Único de Servicios No Exclusivos (TUSE), en la medida que este documento también pueden ser expedidos por el Juez de Paz y los Notarios Públicos y de conformidad con la última parte del art. 37 de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, que establece: “Para aquellos servicios que no sean prestados en exclusividad, las entidades a través de Resolución del Titular del Pliego establecerán los requisitos y costos correspondientes

(144) Ver: <<http://conasec.mininter.gob.pe/contenidos/userfiles/files/Plan.Nacional.Seguridad.Ciudadana.2013-2018.pdf>>.

a los mismos, los cuales deberán ser debidamente difundidos para que sean de público conocimiento”, reservándose el TUPA para aquellos servicios brindados en exclusividad.

En el tema de los certificados domiciliarios, también debe tenerse en cuenta la Ley N° 28882 - Ley de simplificación de la certificación domiciliaria, que señala:

“Artículo 1.- Aparte de lo prescrito en el artículo 41.1.3 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, el requisito de certificado domiciliario queda cumplido por parte del interesado con la presentación, directamente ante el requirente, de una declaración jurada simple y escrita en la que conste su domicilio actual.

El funcionario público que no cumple con la obligación de recibir la declaración jurada, incurrirá en infracción administrativa.

Excepcionalmente, **para fines electorales o judiciales**, el requisito de certificado domiciliario se cumplirá dentro de lo establecido por las Leyes N°s 27839, que establece la atribución de expedir certificaciones domiciliarias a los Notarios Públicos, Jueces de Paz y municipios, y 28862, que elimina la atribución de la Policía Nacional del Perú a expedir certificados domiciliarios. En caso de que se compruebe la falsedad de la declaración jurada el infractor será pasible de las sanciones contempladas en el artículo 427 del Código Penal, sin perjuicio de las sanciones administrativas correspondientes.

Artículo 2.- Sin perjuicio del artículo anterior, el interesado podrá solicitar el certificado domiciliario según lo previsto en las Leyes N°s 27839 y 28862, en los casos en que estime pertinente.

En los supuestos del párrafo anterior, los costos reflejarán el costo real del servicio. Para tal efecto, el Indecopi podrá realizar investigaciones de oficio que cautelen el interés de los usuarios, de acuerdo a sus competencias”.

ARTÍCULO 86.- PROMOCIÓN DEL DESARROLLO ECONÓMICO LOCAL

1. Funciones específicas exclusivas de las municipalidades provinciales:
 - 1.1. Diseñar un plan estratégico de desarrollo económico local sostenible y un plan operativo anual, e implementarlos en función de los recursos disponibles y de las necesidades de la actividad empresarial de la provincia, según diagnóstico económico de su jurisdicción.
 - 1.2. Flexibilizar y simplificar los procedimientos de obtención de licencias y permisos en el ámbito de su jurisdicción, sin obviar las normas técnicas de seguridad.
 - 1.3. Mantener un registro de las empresas que operan en su jurisdicción y cuentan con licencia municipal de funcionamiento, definitiva o provisional, consignando expresamente el cumplimiento o incumplimiento de las normas técnicas de seguridad.
 - 1.4. Concertar con el sector público y el privado la elaboración y ejecución de programas de apoyo al desarrollo económico local sostenible en su espacio territorial.
2. Funciones específicas compartidas de las municipalidades provinciales:

- 2.1. Organizar, en coordinación con el respectivo gobierno regional y las municipalidades distritales de su jurisdicción, instancias de coordinación para promover el desarrollo económico local; aprovechando las ventajas comparativas de los corredores productivos, ecoturísticos y de biodiversidad.
- 2.2. Realizar campañas conjuntas para facilitar la formalización de las micro y pequeñas empresas de su circunscripción territorial con criterios homogéneos y de simplificación administrativa.
- 2.3. Elaborar junto con las instancias correspondientes, evaluaciones de impacto de los programas y proyectos de desarrollo económico local.
- 2.4. Promover, en coordinación con el gobierno regional, agresivas políticas orientadas a generar productividad y competitividad en las zonas urbanas y rurales, así como la elaboración de mapas provinciales sobre potenciales riquezas, con el propósito de generar puestos de trabajo y desanimar la migración.
- 2.5. En los municipios rurales, concertar con las comunidades campesinas.
- 2.6. Articular las zonas rurales con las urbanas, fortaleciendo así la economía regional.
3. Funciones específicas exclusivas de las municipalidades distritales:
 - 3.1. Diseñar un plan estratégico para el desarrollo económico sostenible del distrito y un plan operativo anual de la municipalidad, e implementarlos en función de los recursos disponibles y de las necesidades de la actividad empresarial de su jurisdicción, a través de un proceso participativo.
 - 3.2. Ejecutar actividades de apoyo directo e indirecto a la actividad empresarial en su jurisdicción sobre información, capacitación, acceso a mercados, tecnología, financiamiento y otros campos a fin de mejorar la competitividad.
 - 3.3. Concertar con instituciones del sector público y privado de su jurisdicción sobre la elaboración y ejecución de programas y proyectos que favorezcan el desarrollo económico del distrito.
 - 3.4. Brindar la información económica necesaria sobre la actividad empresarial en su jurisdicción, en función de la información disponible, a las instancias provinciales, regionales y nacionales.
 - 3.5. Promover las condiciones favorables para la productividad y competitividad de las zonas urbanas y rurales del distrito.

CONCORDANCIAS:

Const.	Art. 195
Ley N° 27972	Arts. IV, VI, X, 36, 73, 74, 100:4)
Ley N° 27783	Arts. 41, 42
Ley N° 29337	Art. 1



COMENTARIO

El desarrollo económico local se ha convertido, en la administración municipal moderna, en la razón de ser de los gobiernos locales, rompiendo así con el antiguo criterio de entenderlas solamente como entidades prestadoras de servicios públicos. En la medida que las municipalidades son verdaderos gobiernos de ámbito local, conlleva la atribución de liderar el desarrollo integral de sus circunscripciones.

El art. 195 de la Constitución, señala que los gobiernos locales promueven el desarrollo y la economía local, y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo.

El art. VI de la LOM, precisa que los gobiernos locales promueven el desarrollo económico local, con incidencia en la micro y pequeña empresa, a través de planes de desarrollo económico local aprobados en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo; así como el desarrollo social, el desarrollo de capacidades y la equidad en sus respectivas circunscripciones.

El art. X de la LOM, señala que: los gobiernos locales promueven el desarrollo integral, para viabilizar el crecimiento económico, la justicia social y la sostenibilidad ambiental. La promoción del desarrollo local es permanente e integral. Las municipalidades provinciales y distritales promueven el desarrollo local, en coordinación y asociación con los niveles de gobierno regional y nacional, con el objeto de facilitar la competitividad local y propiciar las mejores condiciones de vida de su población.

El art. 36 de la LOM, precisa que los gobiernos locales promueven el desarrollo económico de su circunscripción territorial y la actividad empresarial local, con criterio de justicia social.

Lineamiento en materia de desarrollo económico local

De los dispositivos antes citados, podemos extraer los siguientes lineamientos en materia de desarrollo económico local como función de los gobiernos locales:

- a) Las acciones se toman en coordinación y en armonía con las políticas y planes de desarrollo del gobierno central y el gobierno regional.
- b) Se debe priorizar la promoción de las micro y pequeña empresa, como motor del desarrollo local. Esto conlleva: “Centrar la atención principal en las PYMES y microempresas, así como en la creación de nuevas empresas innovadoras, evitando de este modo el sesgo habitual hacia la gran empresa. Ello no quiere decir que no sean objeto de interés para el desarrollo económico local las grandes empresas y los eslabonamientos productivos generados en el territorio a partir de ellas. Lo que se quiere destacar es la importancia principal hacia las microempresas y empresas de pequeña y mediana dimensión, que constituyen la parte mayoritaria y más vulnerable del tejido empresarial, y de las que dependen generalmente la mayor difusión del crecimiento y el empleo en los diferentes territorios de un país”⁽¹⁴⁵⁾.
- c) El desarrollo económico local, conlleva el desarrollo social y la protección ambiental, elementos que nos permitirán hablar de desarrollo integral, sostenible y armónico, que la finalidad de los gobiernos locales, a tenor del art. IV de la LOM.
- d) El desarrollo es un proceso permanente e integral. Por permanente, debemos

(145) ENRIQUEZ VILLACORTA, Alberto. *Desarrollo económico local: definiciones, alcances y perspectivas en América Latina*.

entender que este tiene continuidad en el tiempo y no debe truncarse con la alternancia del poder local. Por integral, que el desarrollo comprende e interrelaciona a todo el conjunto de la población de una determinada circunscripción, así como abarca los aspectos económicos, sociales y de protección ambiental de su ámbito territorial.

- e) El fundamento político-social para las actividades del gobierno local, nace de constatar que “en áreas caracterizadas por la pobreza y marginalidad social, las políticas macroeconómicas de desarrollo, que en general acompañan a las de ajuste estructural, no son suficientes para general un círculo económico virtuoso”⁽¹⁴⁶⁾.

En otros términos, la importancia de la acción de los gobiernos locales estriba en que esta llega a los sectores a los cuales no alcanza las políticas y planes del gobierno central, los cuales en su mayoría se centran en programas asistencialistas. Es decir, “involucra –como explica Francisco Alburquerque– a la mayoría de actividades productivas existentes en todos los países, siendo fundamental en términos de empleo e ingreso y para la difusión territorial del progreso técnico y crecimiento económico. Por ello, posee una capacidad no desdeñable para incidir en una mejora de la distribución del ingreso, dentro de una necesaria lucha contra la pobreza y la desigualdad, lo cual exige replantearse seriamente los ineficaces e insuficientes enfoques asistencialistas”⁽¹⁴⁷⁾.

Además, debemos añadir que la acción municipal en el desarrollo económico refuerza la política descentralizadora del Estado peruano.

Según Alburquerque –en el trabajo antes citado– el desarrollo económico local debe consolidarse sobre la base de los siguientes lineamientos:

- a) Diseñar un plan estratégico de desarrollo económico local sostenible y un plan operativo anual.
- b) Los planes se elaboran teniendo en cuenta los recursos disponibles y las necesidades de la actividad empresarial de la jurisdicción.
- c) Flexibilizar y simplificar los accesos al mercado.
- d) Formalizar las empresas que desarrollan actividad dentro de la jurisdicción, facilitando los requisitos para ello.
- e) Concertar con el Sector Público y el privado la elaboración y ejecución de programas de apoyo al desarrollo económico local sostenible en su espacio territorial.

Adicionalmente, recogiendo los diversos aportes de especialista y agentes productivos, consideramos que debe ser parte de la agenda municipal:

(146) LAZARTE H. Alfredo. *Las agencias de desarrollo económico local: "Promoviendo la empresarialidad en el marco del desarrollo humano sostenible"*. El caso de Centro América. Organización Internacional del Trabajo (OIT).

(147) ALBURQUERQUE, Francisco. *Desarrollo Económico Local en Europa y América Latina*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1999.

- a) Crear condiciones de acceso favorables al financiamiento.
- b) Potenciar las formas de producción que más involucran la participación ciudadana.
- c) Insertar las políticas de desarrollo dentro del proceso de descentralización, de forma tal que aquel se puede medir, en términos de crecimiento, por la disminución del grado de dependencia de los fondos del Gobierno central⁽¹⁴⁸⁾.
- d) El desarrollo económico no debe centrarse solo en la acción del gobierno, o los gobiernos, tampoco en la acción única de los empresarios, asociaciones, comités, etc., sino que a partir de la acción del gobierno local debe involucrarse a todos los agentes económicos, institucionales y sociales que operan en la jurisdicción, a fin de determinar en forma conjunta las prioridades y acciones adecuadas y oportunas. Desde esta perspectiva, los Consejos de Coordinación Local se muestran como grandes oportunidades que no deben desaprovecharse.

Pero también es necesario un cambio dentro del personal del gobierno local, que le permita concientizar y asumir el nuevo rol pro desarrollo, los retos del proceso de descentralización, la globalización y la interrelación con los distintos niveles de gobierno y agentes económicos. Esto conlleva que la población, los medios de comunicación, los círculos intelectuales, los colegios profesionales, entre otros, presten su concurso para el establecimiento de planes y políticas eficientes desde la administración local.

Asumida aquella función del gobierno local como promotor de desarrollo local, ya se pueden rescatar algunas acciones estratégicas que pueden adoptar las municipalidades, que Grajeda y López, las resumen en las siguientes:

- “- Apoyar las capacidades instaladas en los sistemas productivos locales, los cuales deben ser tratados reconociendo la diversidad y potencialidades.
- Dar tratamiento diferenciado a lo urbano y rural sin desconocer su articulación y conexión.
- Encarar el desafío e intervenir inmediatamente sobre las manifestaciones evidentes de pobreza y los bajos niveles de ingresos.
- Elaborar una nueva visión del territorio dejando atrás la imagen administrativa y de fronteras jurisdiccionales del municipio, para adentrarse a la comprensión de las dinámicas que emergen o cruzan el ámbito municipal y que puede sostener la construcción de esfuerzos como la mancomunidad de municipios.
- Promover el desarrollo productivo del municipio sobre la base de una visión sostenible del sistema económico que promociona.
- Perfeccionar su aparato administrativo, realizar acciones asentadas en la

(148) “Una política centralizada tiene la ventaja de poder ser eficiente (coordinación de recursos), pero no eficaz, porque la institución central al máximo puede limitarse a una política de incentivos productivos, **pero no tiene la capacidad de identificar soluciones puntuales en cada lugar del país y en miles de situaciones diferentes**”. (LAZARTE H., Alfredo. Ob. cit.).

negociación y concertación entre los actores del territorio para aprovechar las capacidades instaladas localmente.

- Prestar permanente atención a la coherencia entre las acciones de crecimiento económico, conservación y explotación de los recursos y el medio ambiente, participación social y gobernabilidad política.
- Institucionalizar las iniciativas de desarrollo económico local⁽¹⁴⁹⁾.

Finalmente, en el tema de promoción de la actividad económica, debe tenerse en cuenta, también, la Ley N° 29337 - Ley que establece disposiciones para apoyar la competitividad productiva, y su Reglamento aprobado por D.S. N° 192-2009-EF.

ARTÍCULO 87.- OTROS SERVICIOS PÚBLICOS

Las municipalidades provinciales y distritales, para cumplir su fin de atender las necesidades de los vecinos, podrán ejercer otras funciones y competencias no establecidas específicamente en la presente ley o en leyes especiales, de acuerdo a sus posibilidades y en tanto dichas funciones y competencias no estén reservadas expresamente a otros organismos públicos de nivel regional o nacional.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Art. 73



COMENTARIO

Esta es una fórmula abierta que la LOM establece con la finalidad de que los gobiernos locales puedan ejercer otras funciones no establecidas específicamente en la LOM, o las funciones establecidas en otras leyes especiales teniendo siempre como frontera de acción que su autonomía política, económica y administrativa se ejerce dentro de los asuntos de su competencia, y sin que dichas funciones estén reservadas expresamente a otros organismos públicos de nivel regional o nacional.

(149) GRAJEDA, Flora y LÓPEZ, Oscar. "El desarrollo económico local". Citado por ENRIQUEZ VILLACORTA, Alberto. Ob. cit.

TÍTULO VI

EL USO DE LA PROPIEDAD EN ARMONÍA CON EL BIEN COMÚN

CAPÍTULO ÚNICO

ARTÍCULO 88.- USO DE LA PROPIEDAD INMUEBLE

Corresponde a las municipalidades provinciales y distritales dentro del territorio de su jurisdicción, velar por el uso de la propiedad inmueble en armonía con el bien común.

CONCORDANCIAS:

Const. Art. 70
Ley N° 27972 Arts. 89, 90, 93
Ley N° 27444 Art. IV



COMENTARIO

El art. 70 de la Constitución Política prescribe que: “El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. **Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley.** A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causas de seguridad nacional o necesidad pública declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio”. Por tanto, el uso de la propiedad en armonía con el bien común es un mandato de naturaleza constitucional, con las garantías y efectos propios que le otorga nuestro sistema jurídico.

Este artículo precisa las atribuciones y los tipos de limitaciones que la municipalidad puede establecer a la propiedad en aras del bien común. Es un encargo que hace la ley a las municipalidades, tanto provinciales como distritales, para que en ejercicio de sus atribuciones velen por el bien común; o dicho de otro modo, defiendan en representación de una determinada comunidad el interés público general, aplicando las sanciones y ejecutando las medidas correspondientes, en caso de que se incumplan las disposiciones legales y municipales. Por ejemplo, la demolición de construcciones irregulares, el retiro de desmonte, entre otras medidas similares, llegando hasta la expropiación en el marco de la ley especial que regula esta institución.

Si bien existe una facultad de restricción administrativa, las medidas a adoptarse están sujetas a los mandatos constitucionales y legales. El profesor argentino Roberto Dromi señala que los límites a las competencias administrativas de restricción⁽¹⁵⁰⁾ son:

“a) Razonabilidad. (...) Ellas deben ser adecuadamente proporcionales a las necesidades administrativas que hayan de satisfacer”.

“b) Integridad. Se exige que la restricción no altere, degrade, desintegre o desmembre la propiedad, porque sus caracteres de exclusiva y perpetua no pueden ser alcanzados, de modo alguno, por las meras restricciones administrativas (...)”.

“c) Legitimidad. El acto estatal de imposición debe reunir los recaudos que conciernan a su validez, en cuanto a su forma, competencia, voluntad y objeto”.

Un mandato similar en el Perú contiene el numeral 1.4 del art. IV de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General: “Principio de razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido”. Disposición complementada con lo dispuesto en el numeral 3 del art. 230 de la misma ley, que señala: “Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observar los siguientes criterios que en orden de prelación se señalan a efectos de su graduación: a) la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido; b) el perjuicio económico causado; c) la repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción; d) las circunstancias de la comisión de la infracción; e) el beneficio ilegalmente obtenido; y f) la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor”.

En la práctica hemos visto, por ejemplo, que al momento de emitir una ordenanza municipal para que los propietarios cerquen sus terreno en estado de abandono (disposición legítima, ya que estos sirven muchas veces como antros de personas al margen de la ley o como acumuladores de basura), se exigía que fuera de material noble, lo que excede el propósito y la proporcionalidad de la medida.

Este criterio de legitimidad se basa en la necesidad de que, previa a la imposición de una medida restrictiva, se le inicie al administrado un procedimiento administrativo sancionador, de acuerdo con el art. 229 y siguientes de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, con las previsiones y garantías de ley. En este sentido, no le está permitido a la entidad municipal determinar una restricción de la propiedad inmueble sin previamente haber notificado al administrado y otorgado la facultad de argumentación o contradicción con la medida a ejecutarse. Es más, en cuanto a la demolición, mediante Sentencia N° 04068-2008-PA/TC, el Tribunal Constitucional ha

(150) DROMI, Roberto. Ob. cit., p. 458.

establecido que las demoliciones que contravengan las normas legales, reglamentos y ordenanzas municipales requieren **necesariamente** de una autorización judicial. Nosotros hemos sido críticos a esta posición absoluta del Tribunal en otra publicación⁽¹⁵¹⁾, y nuestros argumentos son expuestos al comentar el art. 93 de la LOM.

ARTÍCULO 89.- DESTINO DE SUELOS URBANOS

Las tierras que son susceptibles de convertirse en urbanas solamente pueden destinarse a los fines previstos en la zonificación aprobada por la municipalidad provincial, los planes reguladores y el Reglamento Nacional de Construcciones. Todo proyecto de urbanización, transferencia o cesión de uso, para cualquier fin, de terrenos urbanos y suburbanos, se someterá necesariamente a la aprobación municipal.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Art. 79
D.S. N° 04-2011-VIVIENDA Arts. 30, 31, 50, 51



COMENTARIO

Esta norma establece dos tipos de restricciones a la propiedad respecto del uso de los terrenos urbanos y de expansión urbana:

1. Que las tierras susceptibles de convertirse en urbanas solo pueden destinarse a fines previstos en: a) la zonificación aprobada por la municipalidad provincial, de acuerdo con el art. 79 de la LOM; b) los planes reguladores; y c) el Reglamento Nacional de Construcciones.
2. Que todo proyecto de urbanización, transferencia o cesión de uso, para cualquier fin, de terrenos urbanos y suburbanos debe contar con la aprobación municipal.

En el primer caso, esta norma es concordante con el art. 30 del Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano - D.S. N° 004-2011-VIVIENDA, que establece que la zonificación es el instrumento técnico de gestión urbana que contiene el conjunto de normas técnicas urbanísticas para **la regulación del uso y la ocupación del suelo** en el ámbito de intervención del Plan de Desarrollo Metropolitano, Plan de Desarrollo Urbano y del Esquema de Ordenamiento Urbano, en función de los objetivos de desarrollo sostenible y a la capacidad de soporte del suelo, para localizar actividades con fines sociales y económicos, como vivienda, recreación, protección y equipamiento; así como la producción industrial, comercio, transportes y comunicaciones; y con el art. 31 del mismo reglamento, que define el objeto de la zonificación precisando que **regula el ejercicio del derecho de propiedad predial respecto del uso y ocupación que se le puede dar al mismo**. Se concreta en planos de zonificación urbana, Reglamento de Zonificación (parámetros urbanísticos y arquitectónicos para cada zona) y el Índice de Usos para la Ubicación de Actividades Urbanas.

(151) MÁLLAP RIVERA, Johnny. Ob. cit., p. 347.

Esto quiere decir que para el propietario nace la obligación de usar el suelo de acuerdo con la zonificación correspondiente. Pero, a la vez, nace para la entidad municipal la imposibilidad de imponer restricciones al uso de suelo que no estén consideradas en la zonificación, caso en el cual dicho acto devendrá en nulo.

Lo que sí tiene derecho el propietario es a solicitar el cambio de zonificación, de acuerdo con lo dispuesto con los arts. 50 y 51 del Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano:

“Artículo 50.- Formulación de propuestas de cambios de zonificación y contenido.

Los cambios de zonificación pueden ser propuestos de oficio por la municipalidad interesada o pueden ser tramitados por sus propietarios y/o promotores ante la municipalidad distrital.

50.1 La solicitud del cambio de zonificación debe comprender en su ámbito a los inmuebles vecinos del predio materia de la solicitud, conformando un área mínima de una manzana o un sector. Se consideran como inmuebles vecinos a aquellos que comparten el frente de manzana del inmueble materia de la solicitud así como los predios posteriores colindantes. Tratándose de inmuebles que comparten la misma vía local se consideran como inmuebles vecinos aquellos que estén ubicados en ambos frentes de manzana.

50.2 La solicitud de cambio de zonificación puede referirse a uno o más componentes o parámetros contenidos en la norma vigente: zona de uso predominante, usos permitidos, parámetros urbanísticos, parámetros arquitectónicos, afectaciones por obras de carácter provincial (vías primarias, intercambios viales, puentes, equipamientos urbanos).

50.3 Debe considerarse como mínimo los siguientes aspectos en la propuesta o solicitud:

- 1) Copia literal de dominio expedida por el Registro de Predios con una anticipación no mayor a treinta (30) días naturales. En caso que el solicitante del cambio de zonificación es una persona jurídica se acompañará vigencia de poder expedida por el Registro de Personas Jurídicas con una anticipación no mayor a treinta (30) días naturales.
- 2) Documentos de los concesionarios de los servicios de agua, alcantarillado y energía eléctrica que acrediten la viabilidad del cambio de zonificación solicitado, en caso que la solicitud implique un incremento en dotación de estos servicios.
- 3) Memoria Descriptiva suscrita por un Arquitecto o Ingeniero Civil colegiado que sustente el cambio solicitado, señalando la suficiencia de los servicios públicos, como vialidad, limpieza pública, transporte y de la dotación de equipamientos urbanos de educación, salud y recreación”.

“Artículo 51.- Procedimiento para la autorización de cambios de zonificación

51.1 La municipalidad distrital, en cuya jurisdicción se encuentre ubicado el inmueble, emitirá opinión técnica fundamentada en un plazo de treinta (30) días

calendario.

51.2 Dentro del plazo antes indicado la municipalidad distrital hará de conocimiento, la solicitud de cambio de zonificación, entre los propietarios de los inmuebles vecinos que conforman el ámbito de la solicitud y de los predios posteriores colindantes; quienes podrán opinar dando su conformidad o formulando observaciones técnicamente sustentadas por escrito.

51.3 Se considerarán como inmuebles vecinos aquellos que comparten el frente de manzana del inmueble materia de la solicitud. Tratándose de inmuebles que comparten la misma vía local se considerarán como inmuebles vecinos aquellos que estén ubicados a ambos frentes de manzana.

51.4 Tratándose de inmuebles ubicados en áreas de expansión urbana, con zonificación asignada pero aún no habilitados, no será necesaria la notificación a los inmuebles vecinos.

51.5 La municipalidad distrital elevará la propuesta de cambio de zonificación a la municipalidad provincial mediante Acuerdo de Concejo. Vencido el plazo señalado en el presente artículo, de no haber emitido opinión la Municipalidad Distrital, el interesado continúa con el trámite del cambio de zonificación en la Municipalidad Provincial, debiendo consignarse este hecho en la Ordenanza respectiva”.

Sin embargo “(...) su cambio debe responder a un proceso concertado donde todos los involucrados (propietarios, vecinos y autoridades municipales) deben tener la oportunidad de expresar sus puntos de vista. Solo así puede alcanzarse un uso de la propiedad que guarde armonía con el interés social, conforme a ley. Recordemos que todo cambio social genera siempre opiniones en favor y en contra, y los cambios de zonificación afectan –sin lugar a dudas– uno de los derechos más importantes de la vida moderna: la propiedad privada, por lo que la evaluación de los cambios de zonificación debe realizarse con mucha prudencia y tomando siempre en consideración los impactos urbanos, ambientales y viales que generan en la sociedad”⁽¹⁵²⁾.

ARTÍCULO 90.- OBRAS INMOBILIARIAS

La construcción, reconstrucción, ampliación, modificación o reforma de cualquier inmueble, se sujeta al cumplimiento de los requisitos que establezcan la Ley, el Reglamento Nacional de Construcciones y las ordenanzas o reglamentos sobre seguridad de Defensa Civil, y otros organismos que correspondan, para garantizar la salubridad y estética de la edificación; asimismo deben tenerse en cuenta los estudios de impacto ambiental, conforme a ley.

(152) CHEHADE HERRERA, Ramón. “Un plan urbano para la ciudad”. En: *El Comercio*, sábado 20 de enero de 2007.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Art. 92
D.Leg N° 613 Arts. 9, 10, 11, 13

 **COMENTARIO**

Si el art. 89 de la LOM se refiere al uso y destino de los bienes inmuebles, este artículo regula las limitaciones en cuanto a la construcción, reconstrucción, ampliación y cualquier tipo de reforma que el propietario haga de su propiedad, lo que no puede hacer a su libre albedrío, sino que debe seguir los lineamientos de ley, específicamente el Reglamento Nacional de Construcciones, las ordenanzas y reglamentos sobre seguridad de Defensa Civil.

Estas limitaciones tienen como objetivo, aparte del ejercicio de control municipal en temas de urbanismo, que todas las construcciones y reformas garanticen la salubridad, la estética (que tiene que entenderse como una armonía del bien con el entorno correspondientes) y la protección ambiental.

Otra condición ineludible para cualquier construcción o reforma de un inmueble es que debe contar previamente con una licencia de construcción otorgada por la municipalidad correspondiente, de conformidad con el art. 92 de la LOM.

ARTÍCULO 91.- CONSERVACIÓN DE ZONAS MONUMENTALES

Las municipalidades provinciales, en coordinación con el Instituto Nacional de Cultura o a su solicitud, pueden establecer limitaciones especiales por la necesidad de conservación de zonas monumentales y de edificios declarados monumentos históricos o artísticos, de conformidad con las leyes sobre la materia y con las ordenanzas sobre protección urbana y del patrimonio cultural.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Art. 82
Ley N° 27580 Art. 1
Ley N° 27783 Art. 43: f)

 **COMENTARIO**

Esta norma dispone que la conservación de zonas monumentales es una tarea compartida entre los gobiernos locales y el Instituto Nacional de Cultura (INC).

Debe ser concordada con la Ley N° 27580, que establece medidas de protección que debe aplicar el INC para la ejecución de obras en bienes culturales inmuebles, disponiendo las siguientes reglas:

- a) Toda obra pública o privada de edificación nueva, remodelación, ampliación, modificación, reparación, refacción, acondicionamiento, puesta en valor, cercado, demolición o cualquier otra que se relacione con todo bien cultural inmueble previamente declarado requiere para su inicio la autorización previa del INC, con la intervención de un representante de las municipalidades.

Las licencias municipales que se otorguen sin verificar el cumplimiento de este requisito son nulas y acarrearán responsabilidad penal para los funcionarios ediles, los propietarios y/o poseedores de los inmuebles y los ejecutores de la obra.

- b) Las obras vinculadas a inmuebles del patrimonio cultural deben ejecutarse con arreglo a las especificaciones técnicas consignadas en la autorización que otorgue el INC. La autorización en referencia siempre es anterior al inicio de la obra. Está prohibido, sin excepción alguna, conceder autorizaciones en vía de regularización bajo responsabilidad penal de quien la autoriza.

En los casos en que se compruebe agresión, modificación o destrucción de un inmueble sometido al régimen que prevé esta ley, el INC dará cuenta al Ministerio Público para que inicie la acción penal correspondiente, bajo responsabilidad.

- c) Se faculta al INC para que, a través de sus Direcciones Departamentales de Cultura, pueda disponer la paralización y/o demolición de obras públicas o privadas ejecutadas en inmuebles vinculados con el patrimonio cultural, en los siguientes casos:
- Cuando se realizan sin contar con la autorización previa a que se refiere la presente ley.
 - Cuando, contando la obra con la autorización respectiva, se comprueba que esta se ejecuta contraviniendo, cambiando o desconociendo las especificaciones técnicas aprobadas por el INC o sus recomendaciones, o modificando o alterando las estructuras originales, produciendo la agresión o destrucción del patrimonio cultural.

Las paralizaciones de obra y las demoliciones que ordene el INC se ejecutarán por la vía coactiva y todo gasto que irrogue será asumido por los infractores. La orden de paralización de obra o de demolición a que se refiere esta Ley conlleva la obligación de los infractores de devolverla al estado anterior a la agresión, salvo imposibilidad material demostrada.

Con ocasión de la emisión de la Ley N° 27580, publicada el 6 de diciembre de 2011, la Municipalidad de Lima Metropolitana interpuso acción de inconstitucionalidad contra dicha norma. Consideraba la comuna limeña que la ley violaba la autonomía municipal en los asuntos de su competencia. El TC declaró infundada la demanda (Exp. N° 007-2002-AI/TC) basado en los siguientes argumentos:

“§3. Autonomía municipal y protección del patrimonio cultural

8. La demandante sostiene que la Ley N° 27580 vulnera la autonomía municipal porque otorga al Instituto Nacional de Cultura una atribución que corresponde a las municipalidades; porque desconoce las facultades que posee para la calificación de proyectos relacionados con bienes culturales; y porque dificulta el funcionamiento de la Comisión Técnica Especial de Licencias de Construcción, que estaba compuesta por un funcionario del INC. En ese sentido, la demandante estima que la Ley N° 27580 viola los artículos 191 y 195, incisos 6) y 8), de la Constitución, ambos modificados por la Ley N° 27680.

(...)

10. Entre las competencias constitucionalmente establecidas a los gobiernos locales se encuentran, por un lado, las de planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones, lo que incluye el urbanismo (artículo 195, inciso 6); y, por otro, las de desarrollar y regular actividades y/o servicios, entre otros, en materia de conservación de **monumentos arqueológicos e históricos** (inciso 8 del artículo 195).

La demandante manifiesta que, dado que a ella se ha confiado la conservación de los monumentos arqueológicos e históricos, la Ley N° 27580 sería inconstitucional, pues esta establece que, tratándose de actividades que se relacionen con todo bien cultural inmueble, es preciso contar con la autorización del Instituto Nacional de Cultura.

El Tribunal Constitucional no comparte tal criterio. En efecto, el 'derecho constitucional de los bienes culturales', entendido como el conjunto de normas constitucionales que regulan la autorepresentación cultural del pueblo, y que comprende ciertamente a los bienes culturales inmuebles, no se agota con lo que señala el artículo 195 de la Constitución, pues este debe concordarse con el artículo 21 de la misma Norma Fundamental. Dicho precepto establece que 'Los yacimientos y restos arqueológicos, construcciones, monumentos, lugares, documentos bibliográficos y de archivo, objetos artísticos y testimonios de valor histórico, expresamente declarados bienes culturales (...) son patrimonio cultural de la Nación, independientemente de su condición de propiedad privada o pública. **Están protegidos por el Estado.** La ley garantiza la propiedad de dicho patrimonio (...)'.

Esta disposición constitucional no solo debe interpretarse como un deber fundamental o una tarea del Estado, que impone obligaciones de fomento, conservación y protección; sino, además, como la afirmación de que dicho patrimonio cultural constituye un elemento del consenso nacional, del reconocimiento de nuestras tradiciones y de nuestra herencia cultural, o, en definitiva, de nuestra autorepresentación cultural como pueblo. En ese sentido, se trata de un interés cuyo alcance excede a los propios de los gobiernos locales, por lo que estos no pueden reclamar para sí tareas exclusivas o excluyentes.

11. La demandante refiere también que el inciso 6) del artículo 195 de la Constitución le confiere la competencia de '**Planificar el desarrollo urbano** y rural de sus circunscripciones, **incluyendo** la zonificación, **urbanismo** y el acondicionamiento territorial'. Y, por tanto, dado que la ley impugnada ha establecido que, tratándose de actividades que se relacionen con todo bien cultural inmueble, es preciso contar con la autorización del Instituto Nacional de Cultura, ello desde ya viola la autonomía municipal, pues 'desconoce las facultades que posee para la calificación de proyectos relacionados con bienes culturales, y dificulta el funcionamiento de la Comisión Técnica Especial de Licencias de Construcción, vulnerando la Ordenanza N° 201 MML (...)'.

El Tribunal Constitucional tampoco comparte tal criterio. Como antes se expresó, la autonomía no garantiza un desenvolvimiento autárquico de las competencias constitucionalmente previstas a favor de los gobiernos locales. Estas deben efectuarse dentro los límites que la Constitución establece. De manera que si

los bienes culturales inmuebles forman parte del patrimonio cultural de la nación, y su protección corresponde al Estado, entonces el ejercicio de la competencia de planificar el desarrollo urbano y, en concreto, la que tiene que ver con el urbanismo, tratándose de bienes culturales inmuebles, debe realizarse con arreglo con las condiciones y límites que sobre el particular haya establecido el legislador nacional.

Todo ello significa, en principio, que es el Estado quien protege dichos bienes culturales, competencia asignada porque, según la misma Constitución, tales bienes constituyen patrimonio cultural de la nación. Este Colegiado no comparte la tesis interpretativa de la demandante, según la cual solo la municipalidad tendría competencia para realizar actividades y/o servicios en materia de 'conservación de monumentos arqueológicos e históricos'. En efecto, para todo bien considerado como patrimonio cultural de la nación, su protección es un asunto que trasciende la circunscripción territorial dentro de la cual las municipalidades ejercen sus competencias. Y, en ese sentido, el Tribunal no considera que la expedición de una ley, general y abstracta, orientada a asignar competencias a un órgano estatal, como el Instituto Nacional de Cultura [para que ella expida autorización en casos de obra pública o privada, nueva, remodelación, ampliación, modificación, reparación, refacción, acondicionamiento, puesta en valor, cercado, demolición o cualquier otra que se relacione con todo bien cultural inmueble] sea inconstitucional.

Lo anterior no quiere decir que el legislador nacional, bajo el pretexto de proteger el patrimonio cultural, pueda afectar la capacidad de los gobiernos locales en materia de planificación del desarrollo urbano y, en concreto, en lo concerniente al urbanismo. En reiterada jurisprudencia, este Tribunal ha precisado que el legislador no puede vaciar de contenido a una disposición constitucional, de manera tal que, sin que siga el proceso de reforma constitucional, suprima en los hechos una competencia constitucionalmente establecida a los gobiernos locales, o que, sin llegar a ese extremo, haga inoperativo su desarrollo.

Todo ello quiere decir que, entre el Gobierno central, a través del Instituto Nacional de Cultura, y los gobiernos locales existe una competencia compartida en la preservación y protección del patrimonio cultural inmueble, como, por lo demás, se ha establecido en el actual inciso 12) del artículo 82 de la Ley N° 27972, Orgánica de Municipalidades, a tenor del cual:

'Las municipalidades, en materia de educación, cultura, deportes y recreación, tienen como competencias y funciones específicas compartidas con el gobierno nacional y el regional las siguientes:

(...)

12. Promover la protección y difusión del patrimonio cultural de la nación, dentro de su jurisdicción, y la defensa y conservación de los monumentos arqueológicos, históricos y artísticos, colaborando con los organismos regionales y nacionales competentes para su identificación, registro, control, conservación y restauración”.

ARTÍCULO 92.- LICENCIA DE CONSTRUCCIÓN

Toda obra de construcción, reconstrucción, conservación, refacción o modificación de inmueble, sea pública o privada, requiere una licencia de construcción, expedida por la municipalidad provincial, en el caso del cercado, y de la municipalidad distrital dentro de cuya jurisdicción se halla el inmueble, previo certificado de conformidad expedido por el Cuerpo General de Bomberos Voluntarios o del Comité de Defensa Civil, según corresponda, además del cumplimiento de los correspondientes requisitos reglamentarios. Las licencias de construcción y de funcionamiento que otorguen las municipalidades deben estar, además, en conformidad con los planes integrales de desarrollo distrital y provincial.

CONCORDANCIAS:

Const.	Arts. 194, 195
Ley N° 27972	Arts. 73, 79, 90
Ley N° 27783	Art. 42
Ley N° 28015	Arts. 38, 39, 41
Ley N° 29090	Art. 1



COMENTARIO

La licencia de construcción, ahora denominada licencia de edificación, es un requisito indispensable para la construcción, reconstrucción, conservación, refacción o modificación de inmueble público o privado.

Los arts. 194 y 195 de la Constitución les concede a los gobiernos locales la autonomía económica, política y administrativa y en función a ella la facultad de "Planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones, incluyendo la zonificación, urbanismo y acondicionamiento territorial".

La Ley de Bases de la Descentralización N° 27783, establece en su art. 42 como competencia exclusiva de los gobiernos locales: a) planificar y promover el desarrollo urbano y rural de su circunscripción, y ejecutar los planes correspondientes; y b) normar la zonificación, urbanismo, acondicionamiento territorial y asentamiento humano.

El art. 73 numeral, 1 y 79 de la LOM les otorga las municipalidades las funciones de organización del espacio físico y uso del suelo; y dentro de estas funciones está la específica de normar, regular y otorgar autorizaciones, derechos y licencias y realizar la fiscalización de las habilitaciones urbanas.

Las habilitaciones urbanas se rigen por la Ley N° 29090 - Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones y tiene por objeto establecer la regulación jurídica de los procedimientos administrativos para la obtención de las licencias de habilitación urbana y de edificación; seguimiento, supervisión y fiscalización en la ejecución de los respectivos proyectos, en un marco que garantice la seguridad privada y pública.

Dicha ley fue modificada por las Leyes N°s 29300, 29476 y posteriormente por la 29566, norma que modificó diversas disposiciones con el objeto de mejorar el clima de inversión y facilitar el cumplimiento de obligaciones tributarias.

Por Ley N° 29898 - Ley que establece el procedimiento de habilitación urbana de Oficio, se modificó la Ley N° 29090, así como se dispuso que el Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, en un plazo de sesenta días calendario contados desde la vigencia de la acotada Ley, adecúe según corresponda el Reglamento de Licencias de Habilidadación Urbana y Licencias de Edificación, el Reglamento de los Revisores Urbanos y el Reglamento de Verificación Administrativa y Técnica, aprobados respectivamente mediante Decretos Supremos N°s 024-2008-VIVIENDA, 025-2008-VIVIENDA y 026-2008-VIVIENDA.

Disposiciones del nuevo reglamento

Mediante Decreto Supremo N° 008-2013-VIVIENDA, publicado el 4 de mayo de 2013, el Ministerio de Vivienda ha aprobado el Reglamento de Licencias de Habilidadación Urbana y Licencias de Edificación, el cual tiene por finalidad desarrollar los procedimientos administrativos dispuestos en la Ley N° 29090, Ley de Regulación de Habilidadaciones Urbanas y de Edificaciones, del 25 de setiembre de 2007. Con la dación de esta norma, se deroga el Decreto Supremo N° 024-2008-VIVIENDA, Reglamento de Licencias de Habilidadación Urbana y Licencias de Edificación, del 27 de setiembre de 2008.

Este nuevo Reglamento desarrolla los procedimientos administrativos dispuestos en la Ley N° 29090 - Ley de Regulación de Habilidadaciones Urbanas y de Edificaciones, estableciéndose que:

- Los procedimientos administrativos que se desarrollan en el Reglamento son únicos y de aplicación obligatoria a nivel nacional. Ninguna norma, directiva, formulario o requerimiento administrativo podrá exigir mayores requisitos que los establecidos en la ley y el Reglamento.
- Todos los procedimientos establecidos en el Reglamento están sujetos al silencio administrativo positivo de acuerdo a lo dispuesto en la Ley N° 29060, Ley del Silencio Administrativo; con excepción de: a) procedimiento de habilitación urbana de oficio; b) procedimiento de aprobación automática, y c) procedimientos comprendidos en lo previsto en la Primera Disposición Complementaria y Final de la Ley N° 29060, Ley del Silencio Administrativo.
- Define la licencia como un acto administrativo emitido por las municipalidades mediante la cual se autoriza la ejecución de una obra de habilitación urbana y/o de edificación prevista en la Ley N° 29090. Se otorga por un plazo determinado, de acuerdo a los planos y especificaciones técnicas aprobadas. Se encuentra afecta al pago de una tasa por concepto de Licencia que comprende la Verificación Administrativa y la Verificación Técnica.
- La licencia por sí misma no autoriza a la ejecución de obras, excepto las obras preliminares. El inicio de la ejecución de obras autorizadas está sujeto a: a) la comunicación de la fecha de inicio de obra; b) la suscripción del cronograma de visitas de inspección, constituido por las verificaciones técnicas; c) la entrega de la póliza en los casos que corresponda; y d) el pago de la verificación técnica, monto que no podrá ser menor al 40 % de la tasa municipal establecida como costo de la licencia de acuerdo al art. 10 de la Ley N° 29090.

Para los casos de edificación deberá acreditarse que el predio cuente, por lo menos, con el correspondiente proyecto de habilitación urbana aprobado. La

inscripción registral individualizada de un predio urbano es requisito indispensable para el otorgamiento de la conformidad de obra de edificación.

La licencia tiene una vigencia de treinta y seis (36) meses, prorrogable por doce (12) meses por única vez. La prórroga debe solicitarse dentro de los treinta (30) días calendario anterior a su vencimiento acreditando el número de licencia y/o del expediente y será otorgada dentro de los tres (3) días hábiles de presentada.

- Deberán solicitar licencias dentro del ámbito de la ley y el reglamento, los propietarios, usufructuarios, superficiarios, concesionarios, titulares de una servidumbre o de una afectación en uso, o quien cuente con derechos ciertos para llevar a cabo obras de habilitación urbana y/o de edificación respecto del predio materia de la solicitud.

Se entiende como titular a cualquier persona natural o jurídica, pública o privada, sean estas asociaciones de vivienda o pro vivienda, cooperativas de vivienda, urbanizadoras, habilitadoras y toda forma de organización de persona jurídica, con o sin fines de lucro.

- El otorgamiento de la licencia de habilitación o de edificación determinará la adquisición de los derechos de construcción y desarrollo, ya sea habilitando o edificando, en los predios objeto de esta, en los términos y condiciones expresados en la respectiva licencia.
- La expedición de las citadas licencias no conlleva pronunciamiento alguno acerca de la titularidad de derechos reales, sobre el predio o predios, objeto de ella. Las licencias recaen sobre uno o más predios y producen todos sus efectos aun cuando sean enajenados.
- En el caso de proyectos a ser ejecutados por etapas o secciones, se podrá solicitar licencia de habilitación urbana, edificación, recepción de obras, conformidad de obra y declaratoria de edificación para cada una de ellas, con base en un proyecto integral cuya aprobación tendrá una vigencia de 10 años.
- La licencia de habilitación urbana y de edificación a que se refiere el reglamento, su prórroga y revalidación son inscribibles en la partida correspondiente del Registro de Predios. El asiento registral se cancela por vencimiento de la licencia y por la inscripción de la declaratoria de edificación.

Obligaciones de las municipalidades según el reglamento

- A efectos del reglamento, bajo responsabilidad, las municipalidades tienen las siguientes obligaciones:
 - a) Se abstendrán de exigir a los administrados el cumplimiento de requisitos, la realización de trámites, el suministro de información o la realización de pagos no previstos en la ley y el reglamento, con excepción de las zonas de reglamentación especial.
 - b) Velarán que las áreas que constituyan aportes para cualquiera de las modalidades de habilitación urbana, establecidas en el Reglamento Nacional de Edificaciones - RNE, sean utilizadas conforme al uso por el cual fueron aportadas.

- c) Pondrán a disposición del público, en un ambiente de fácil y libre acceso, y/o en el portal web de la municipalidad, el texto de la ley, del reglamento y de la normativa complementaria, así como toda la información que pudiera ser útil para el procesamiento de las licencias de habilitación urbana y/o de edificación, pudiendo ser: formulario único, planos de zonificación, índices de uso, parámetros urbanísticos y edificatorios, las áreas de aporte mencionadas en el literal b) precedente, entre otros.
- d) Notificarán los dictámenes a través del Presidente de la Comisión Técnica.
- e) Remitirán al Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, la información estadística señalada en el artículo 15 de la Ley, en forma directa o a través de las Direcciones Regionales.
- f) Realizarán en el ámbito de su jurisdicción, el seguimiento, supervisión y fiscalización de la ejecución de los proyectos contemplados en las diversas modalidades establecidas en la ley, en concordancia con la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades.
- g) En los trámites para la obtención de la licencia de edificación, verificarán que los proyectos cumplan con los parámetros urbanísticos y edificatorios, así como comprobarán que los profesionales que participan en el proyecto se encuentren habilitados en el ejercicio de su profesión y revisarán la información relevante de la partida registral del predio, a través de los portales web de los colegios profesionales y del Registro de Predios, respectivamente.

Naturaleza de la licencia de edificación

“En la doctrina urbanística especializada se discute si el derecho a edificar ya se encuentra inmerso en el derecho de propiedad, o si, por el contrario, este derecho emana del Estado y se confiere al administrado que desea construir, ampliar o remodelar un inmueble. La posición predominante afirma que la licencia de edificación es una autorización administrativa que otorga el Estado a toda persona que previamente ha cumplido con los requisitos arquitectónicos y urbanísticos exigidos por la Ley, y no una concesión o derecho que los municipios otorgan a favor de los propietarios de inmuebles. Existe, sin embargo, una posición doctrinaria que describe con mayor exactitud, a nuestro entender, la verdadera naturaleza jurídica de las licencias de construcción. Esta señala que se trataría más bien de la remoción de un impedimento al ejercicio del derecho a edificar, derecho que si bien ya se encuentra comprendido dentro del derecho de propiedad, requiere inevitablemente de la remoción de un obstáculo constituido por el cumplimiento previo de las normas de edificación, de los lineamientos establecidos por los planes urbanos y de las normas que regulan el uso del suelo. Merece destacarse el hecho de que la licencia de construcción no constituye un acto discrecional de los municipios a favor de los administrados, pues estos se encuentran legalmente obligados a extender tales licencias a aquel propietario que cumplió debidamente con los requisitos exigidos por la legislación vigente. Es así como el derecho a edificar alcanza finalmente su expresión objetiva y concreta, materializándose en la licencia de construcción”⁽¹⁵³⁾.

(153) CHEHADE HERRERA, Ramón. “El derecho a edificar”. En: *El Comercio*, 30 de octubre de 2009.

Respecto a la licencia de construcción (licencia de edificación, en la denominación dada por la Ley N° 29090), es oportuno reseñar la STC Exp. N° 02680-2011-AA/TC, que resuelve una demanda de amparo contra la Municipalidad Metropolitana de Lima, a fin de que se declare la nulidad de la Resolución de Gerencia de Desarrollo Urbano N° 043-2010 que emitió el 19 de marzo de 2010, que a su vez declaró la nulidad de la Resolución de Licencia de Edificación N° 2213-2009, emitida por la Municipalidad Distrital de Santiago de Surco para el inmueble ubicado en el lote 1 de la manzana A-5 de la Urbanización La Alborada. Manifiesta el demandante que en ejercicio de su libertad de empresa, comercio e industria, adquirió la propiedad del citado inmueble con la finalidad de edificar oficinas destinadas a la actividad comercial, razón por la cual procedió a tramitar y a acceder a los permisos correspondientes ante la Municipalidad Distrital de Surco; que, sin embargo, con fecha 22 de marzo de 2010, la Municipalidad emplazada le notificó la resolución cuestionada sin que previamente le haya puesto en conocimiento la existencia del procedimiento administrativo que dio origen a su emisión. Refiere que la Asociación de Propietarios y Residentes “El Trigal” presentó una denuncia ante la comuna emplazada, entidad que luego del procedimiento administrativo realizado de conformidad con lo dispuesto por la Ordenanza N° 1275-MML y su reglamento, Decreto de Alcaldía N° 001, **y en el cual no tuvo oportunidad de ejercer su defensa, decidió declarar la nulidad de su licencia de edificación, vulnerándose sus derechos al debido proceso y de defensa.** El TC resuelve lo siguiente:

“8. Como es de verse, la citada ordenanza regula un procedimiento administrativo destinado a revisar la aprobación de licencias de habilitación urbana y de edificaciones emitidas por las municipalidades distritales pertenecientes al departamento de Lima, estableciendo la facultad de fiscalización de la comuna emplazada para ‘**intervenir**’ (o fiscalizar) dichos actos administrativos, competencia de la que goza en materia de organización de espacio físico y uso de suelo, de acuerdo con lo previsto por el numeral 1.4 del artículo 79 de la Ley Orgánica de Municipalidades (Ley N° 27972), que dispone lo siguiente:

Funciones específicas exclusivas de las municipalidades provinciales:

1.4. Aprobar la regulación provincial respecto del otorgamiento de licencias y las labores de control y fiscalización de las municipalidades distritales en las materias reguladas por los planes antes mencionados, de acuerdo con las normas técnicas de la materia, sobre:

1.4.1. Otorgamiento de licencias de construcción, remodelación o demolición.

Asimismo, el numeral 9 del artículo 4 de la Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones (Ley N° 29090), señala que:

Las municipalidades distritales, en el ámbito de su jurisdicción, las municipalidades provinciales y la Municipalidad Metropolitana de Lima, en el ámbito del Cercado, tienen competencia para la aprobación de proyectos de habilitación urbana y de edificación, de conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades.

Corresponde a las municipalidades, conforme su jurisdicción, competencias y atribuciones, el seguimiento, supervisión y fiscalización en la ejecución de los proyectos contemplados en las diversas modalidades establecidas en la presente Ley (resaltado agregado).

9. Expuesto lo anterior, no cabe duda de que la Municipalidad Metropolitana de Lima cuenta con la competencia necesaria para regular el procedimiento respectivo para fiscalizar aquellos actos administrativos que aprueben licencias de habilitación urbana y de edificaciones que contravengan las normativa técnica vigente aprobada para el Departamento de Lima, facultad que supone el inicio de un control posterior a través del órgano competente, procedimiento en el cual, de verificarse la existencia de un vicio por inobservancia de la normativa respectiva, y dependiendo del plazo transcurrido entre la emisión del acto administrativo y la emisión del informe respectivo, podrá promoverse su nulidad en sede administrativa o judicial, conforme lo dispone el artículo 32 de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

(...)

13. El artículo 9 del Decreto de Alcaldía N° 001 regula el procedimiento de intervención de la Municipalidad Metropolitana de Lima. (...)

14. Conforme se puede apreciar, el citado procedimiento no contempla la incorporación del administrado a quien beneficia los efectos del acto administrativo intervenido, ni del órgano emisor del acto para efectuar la correspondiente defensa de su validez o del ejercicio del derecho de defensa respecto de los intereses que se vean afectados, situación que si bien, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 202 de la Ley N° 27444, no resulta una obligación legal expresa y exigible a la municipalidad emplazada (conforme lo ha expuesto a fojas 624); sin embargo, es contraria a lo dispuesto por el acápite a) del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución Política, más aún cuando de por medio se pueda prever la afectación de derechos e intereses de terceros, situación que en el presente caso se ha producido con la instauración del procedimiento administrativo dirigido a revisar la licencia de edificación de la sociedad demandante y a obtener su correspondiente declaración de nulidad, actos que han impedido el ejercicio de los derechos al debido procedimiento y a la defensa de la sociedad recurrente, razones por las cuales debe estimarse la demanda, correspondiendo retrotraer las cosas al estado anterior a la violación de los citados derechos fundamentales, a efectos de que el proceso administrativo sea saneado debidamente, garantizándose la participación tanto del órgano administrativo emisor de la licencia de edificación como de la sociedad recurrente.

15. Sin perjuicio de lo expuesto, y aun cuando en el presente caso el procedimiento regulado en la Ordenanza 1275-MML no hubiera sido el aplicado para declarar la nulidad de la Resolución de Licencia de Edificación N° 2213-2009, sino el procedimiento de nulidad de oficio regulado por el artículo 202 de la Ley 27444, corresponde precisar que en un Estado constitucional y social de derecho, la Administración no se encuentra prohibida de incorporar al trámite de dicho procedimiento la participación del tercero que podría verse afectado con la nulidad del acto administrativo o de aquel órgano administrativo que lo expidió, con la finalidad de que se les permita ejercer la defensa de la validez del acto administrativo, conforme se ha expuesto en el fundamento precedente, pues corresponde recordar que 'dentro de estos sujetos obligados para con el respeto y protección de los derechos fundamentales se encuentran todos los poderes públicos, es decir, los entes que forman parte del Estado, independientemente de su condición de órgano constitucional, legal o administrativo, y los grados e

intensidad de autonomía que para con ellos el ordenamiento haya podido prever (...)’ (STC Exp. N° 03179-2004-PA/TC, fundamento 17)”.

En consecuencia, ya sea por ejercicio del control posterior del art. 32 o de la facultad de declarar la nulidad de oficio del art. 202 de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, la declaratoria de nulidad de una licencia de edificación debe ser siempre el resultado de un procedimiento administrativo previo, donde se brinde la garantía del derecho de defensa de quien puede verse perjudicado con la adopción de un acto de tal naturaleza.

También en la STC Exp. N° 03531-2011-AA⁽¹⁵⁴⁾, el TC ampara el caso donde la recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Distrital de Barranco, solicitando que se declare la nulidad de la Resolución de Gerencia Municipal N° 020-2010-GM-MDB, de fecha 31 de marzo de 2010, que declaró la nulidad de oficio de la Resolución de Gerencia N° 96-2009-GDCMA/MDB, de fecha 30 de junio de 2009, y la nulidad del acto ficto aprobatorio por silencio administrativo, a través del cual se le confería la licencia de obra nueva, por afectación a sus derechos a la libertad de empresa, a la libertad de trabajo, así como a la tutela procesal efectiva, específicamente su derecho al debido proceso en sede administrativa. El TC resuelve del modo siguiente:

“14. No obstante lo anterior, la Administración Pública se encuentra facultada, dentro de sus competencias, para compeler a los administrados a que se sometan a las nuevas reglas y procedimientos establecidos, pudiendo exigirles el cumplimiento de requisitos adicionales a efectos de cumplir con la nueva normativa vigente en cuanto sea pertinente, **pero siempre que dicha exigencia no signifique modificación alguna a los derechos legítimamente adquiridos por parte de los administrados.**

15. De lo expuesto, se puede evidenciar que, efectivamente, la demandante ostenta la titularidad del derecho administrativo contenido en la Licencia de Obra N° 024-2009-GDCMA/MDB, lo que a su vez le permite el cabal ejercicio de sus derechos a la libertad de empresa y de trabajo; ya que la exigencia de

(154) En *Gaceta Constitucional* N° 53, mayo 2012, nosotros hemos hecho la siguiente anotación a esta sentencia: “Es efecto del otorgamiento de una licencia de obra, **determinar la adquisición de los derechos de construcción y desarrollo**: faculta el inicio de la inversión y todo lo que implica. ¿Se puede anular una licencia de obra o edificación? Claro. Pero hace muy bien el TC en señalar que el acto debe ceñirse a las exigencias de los art. 10 y 202 de la Ley N° 27444: **seguir el procedimiento** pre estipulado (legalidad), **acreditar** el agravio al interés público (Exp. 0090-2004-AA/TC: “[El interés público] tiene que ver con aquello que beneficia a todos (...) Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa’ y **seguir un procedimiento previo**. La Municipalidad de Barranco yerra al exigir procedimientos no contemplados en un TUPA, no sustentar el agravio al interés general y no otorgarle al administrado el derecho de defensa. Morón Urbina cita la Cas. 2266-2004-Puno, donde se establece que la nulidad de oficio, en el marco del debido procedimiento administrativo, exige poner en conocimiento del administrado el inicio del acto, a efectos de otorgarle la posibilidad de argumentar a su favor. En cuanto al proceso contencioso administrativo, no es igualmente satisfactorio. En este caso, restituir la eficacia de una licencia de obra ilegalmente anulada es de urgencia (hay una obra paralizada) por las connotaciones económicas y sociales y los derechos constitucionales inmersos (empresa y trabajo). Pero principalmente, porque las nulidades deben ser restringidas al máximo. Luchar contra la arbitrariedad es un asunto esencial para un Estado Constitucional”. (Voces autorizada. p. 315)

requisitos que no se encontraban vigentes al momento del trámite realizado para la obtención de su licencia no le es oponible a ella, pues se colisionaría directamente con el derecho al procedimiento predeterminado por la ley, oponible también en sede administrativa.

16. Igualmente, se aprecia que la afectación que viene sufriendo la demandante respecto de la paralización de la obra, cuyas estructuras, según el panel fotográfico que corre a folios 491, 492 y 493, han sido parcialmente levantadas, también le genera grave perjuicio a su libertad de empresa y de trabajo.

17. Es menester precisar que la Administración Pública cautela el ejercicio de sus potestades en relación con los administrados basada en la garantía de su actuación imparcial y conforme a los principios del procedimiento contenidos en la Ley del Procedimiento Administrativo General N° 27444, razón por la cual existe la necesidad de expedir una norma expresa que regule el procedimiento de ratificación de autorizaciones expedidas por las Municipalidades Ribereñas que no se hayan derivado de una iniciativa privada, siendo requisito indispensable para su exigibilidad que dicho procedimiento especial sea incluido en el Texto Único de Procedimientos Administrativos de la Autoridad del Proyecto Costa Verde, el mismo que debe ser aprobado por ordenanza municipal, con lo cual se estaría dando cabal cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 36.1 del artículo 36 de la citada Ley N° 27444, así como a lo previsto en el artículo 15 del Decreto Supremo N° 079-2007-PCM, sobre los Lineamientos para la Elaboración y Aprobación del TUPA y Disposiciones para el cumplimiento de la Ley del Silencio Administrativo. Por consiguiente, considerando los fundamentos 11 y 12, se debe exhortar a la Autoridad del Proyecto Costa Verde a implementar las medidas necesarias conducentes al cumplimiento de lo expuesto en el presente fundamento jurídico”.

Sin embargo, no toda nulidad de licencia puede ser impugnada por la vía del proceso constitucional. En la STC Exp. N° 04592-2011-AA/TC, en que el recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Distrital de Barranco solicitando que se deje sin efecto la Resolución de Gerencia N° 105-2009-GM/MDB, de fecha 28 de diciembre de 2009, que declara la nulidad de oficio del certificado de finalización de obra y de zonificación N° 011-2009/GDCMA-MDB derivado del expediente administrativo N° 2568-C-2008, invocando que se han vulnerado sus derechos constitucionales a la libertad de empresa, al trabajo y al debido proceso; el TC resuelve declarando improcedente la demanda, por lo siguiente:

“5. Que en el presente caso el acto presuntamente lesivo está contenido en la Resolución de Gerencia N° 105-2009-GM/MDB, de fecha 28 de diciembre de 2009, expedida por la Municipalidad de Barranco. En virtud del acto reclamado (acto administrativo), la empresa recurrente se encuentra facultada para presentar su petición en el proceso contencioso-administrativo, por cuanto: a) resulta ser una vía procedimental **específica**, en tanto proceso que tiene por objeto la revisión de la regularidad de los actos emitidos por la Administración, tal como lo prevé la Ley del Proceso Contencioso Administrativo; y b) resulta ser una vía igualmente **satisfactoria**, pues tras valorarse los medios probatorios pertinentes el juez podría declarar la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución de Gerencia N° 105-2009-GM/MDB, de fecha 28 de diciembre de 2009, expedida por la Municipalidad de Barranco e incluso dictar las medidas adecuadas para

el restablecimiento de la situación jurídica vulnerada (artículo 38, incisos 1 y 2, de la Ley N° 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo). Por tanto, si el recurrente dispone de un proceso cuya finalidad también es la protección de los derechos constitucionales presuntamente lesionados, debe acudir a este. En tal sentido, al haberse determinado que el proceso contencioso-administrativo constituye una vía específica e igualmente satisfactoria según lo previsto en el artículo 10, inciso 1, de la Ley del Procedimiento Administrativo General y el artículo 38, incisos 1 y 2 de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, es de aplicación el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional”.

ARTÍCULO 93.- FACULTADES ESPECIALES DE LAS MUNICIPALIDADES

Las municipalidades provinciales y distritales, dentro del ámbito de su jurisdicción, están facultadas para:

1. Ordenar la demolición de edificios construidos en contravención del Reglamento Nacional de Construcciones, de los planos aprobados por cuyo mérito se expidió licencia o de las ordenanzas vigentes al tiempo de su edificación.
2. Ordenar la demolición de obras que no cuenten con la correspondiente licencia de construcción.
3. Declarar la inhabilitabilidad de inmuebles y disponer su desocupación en el caso de estar habitados.
4. Hacer cumplir, bajo apercibimiento de demolición y multa, la obligación de conservar el alineamiento y retiro establecidos y la de no sobrepasar la altura máxima permitida en cada caso.
5. Hacer cumplir la obligación de cercar propiedades, bajo apremio de hacerlo en forma directa y exigir coactivamente el pago correspondiente, más la multa y los intereses de ley.
6. Disponer la pintura periódica de las fachadas, y el uso o no uso de determinados colores.
7. Revocar licencias urbanísticas de construcción y funcionamiento.

CONCORDANCIAS:

Const. Arts. 194, 195
Ley N° 27972 Arts. 38, 46, 79, 88, 90, 91, 92



COMENTARIO

Este artículo está directamente relacionado con el art. 38 de la LOM, que regula el ordenamiento jurídico municipal, precisando que: “El ordenamiento jurídico de las municipalidades está constituido por las normas emitidas por los órganos de gobierno y administración municipal, de acuerdo al ordenamiento jurídico nacional. (...) Las autoridades políticas, administrativas y policiales, ajenas al gobierno local tienen la obligación de reconocer y respetar la preeminencia de la autoridad municipal en los asuntos de su competencia y en todo acto o ceremonia oficial realizada dentro de su circunscripción. Dichas autoridades no pueden interferir en el cumplimiento de las normas y disposiciones municipales que se expidan con arreglo al presente subcapítulo, bajo

responsabilidad". El art. 46 de la misma ley establece la facultad sancionadora de los gobiernos locales, precisando que "Las normas municipales son de carácter obligatorio y su incumplimiento acarrea las sanciones correspondientes, sin perjuicio de promover las acciones judiciales sobre las responsabilidades civiles y penales a que hubiere lugar. Las ordenanzas determinan el régimen de sanciones administrativas por la infracción de sus disposiciones, estableciendo las escalas de multas en función de la gravedad de la falta, así como la imposición de sanciones no pecuniarias. **Las sanciones que aplique la autoridad municipal podrán ser las de multa, suspensión de autorizaciones o licencias, clausura, decomiso, retención de productos y mobiliario, retiro de elementos antirreglamentarios, paralización de obras, demolición, internamiento de vehículos, inmovilización de productos y otras.** A solicitud de la municipalidad respectiva o del ejecutor coactivo correspondiente, la Policía Nacional prestará su apoyo en el cumplimiento de las sanciones que se impongan, bajo responsabilidad". Y el art. 49 que dispone "La autoridad municipal puede ordenar la clausura transitoria o definitiva de edificios, establecimientos o servicios cuando su funcionamiento está prohibido legalmente o constituye peligro o riesgo para la seguridad de las personas y la propiedad privada o la seguridad pública, o infrinjan las normas reglamentarias o de seguridad del sistema de defensa civil, o produzcan olores, humos, ruidos u otros efectos perjudiciales para la salud o la tranquilidad del vecindario. La autoridad municipal puede ordenar el retiro de materiales o la demolición de obras e instalaciones que ocupen las vías públicas o mandar ejecutar la orden por cuenta del infractor; con el auxilio de la fuerza pública o a través del ejecutor coactivo, cuando corresponda. La autoridad municipal puede demandar autorización judicial en la vía sumarísima para la demolición de obras inmobiliarias que contravengan las normas legales, reglamentos y ordenanzas municipales".

En consonancia con dicha facultad, el presente artículo regula la potestad de las municipalidades para sancionar el uso irregular de la propiedad privada sobre inmuebles, cuando transgreden el Reglamento Nacional de Construcciones, las ordenanzas, las licencias de construcción y de funcionamiento.

Para la aplicación de la sanción debe seguirse el procedimiento administrativo sancionador, de acuerdo a la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, y a la Ordenanza que reglamente el Régimen de aplicación de Infracciones y Sanciones de la entidad municipal, de acuerdo con lo explicado en el art. 46 de la LOM, al cual nos remitimos.

La posición del TC en la sanción de demolición

En cuanto a la demolición, el TC, mediante Sentencia recaída en el Exp. N° 04068-2008-PA/TC, ha establecido que las demoliciones que contravengan las normas legales, reglamentos y ordenanzas municipales, requieren **necesariamente** de una autorización judicial, en los términos siguientes:

"Conforme a lo anterior (se refiere al texto del art. 49 de la LOM), en el caso de demoliciones sobre obras que contravengan las normas legales, reglamentos y ordenanzas municipales, la autoridad municipal requiere necesariamente le sea concedida una autorización judicial, para realizar la demolición en cuestión, sin que le resulte posible ejecutar dicha medida sin contar con la referida autorización judicial. En este sentido, no resulta posible a la municipalidad ejecutar la referida medida sino hasta que la misma hubiere sido autorizada judicialmente

conforme se desprende del artículo 49 de la Ley Orgánica de Municipalidades. No obstante ello, en el presente caso no se observa que el demandado haya pretendido ejecutar la medida en cuestión, sino tan sólo que la misma ha sido ordenada por el ejecutor coactivo, lo cual se constituye como un paso previo para solicitar la autorización judicial correspondiente”.

Nosotros hemos sido críticos a esta posición extrema del TC en otra publicación⁽¹⁵⁵⁾, al comentar la STC Exp. N° 04068-2008-PA/TC, cuyos argumentos centrales exponemos a continuación.

La demolición, en el ámbito administrativo municipal, es una sanción por contravención a las normas legales, reglamentos y ordenanzas municipales. Esa es su naturaleza. Su importancia radica en que permite proteger la planificación urbana, la zonificación y el urbanismo de las ciudades; asunto de vital importancia, aunque no siempre se le vea como tal, o precisamente porque no existe una cultura de respeto a las normas urbanísticas es necesario abordarlo con esmero propósito.

Ha establecido el TC que las demoliciones que contravengan las normas legales, reglamentos y ordenanzas municipales requieren **necesariamente** de una autorización judicial. Fundamenta su decisión en la interpretación literal del art. 49 de la LOM, de cuya redacción extrae el mandato de que “no resulta posible a la Municipalidad ejecutar la referida medida sino hasta que la misma hubiere sido autorizada judicialmente”.

Mi premisa es que el TC yerra, porque: a) lesiona la autonomía política de los gobiernos locales y una de sus competencias de rango constitucional; b) las municipalidades tienen la potestad autónoma de hacer cumplir sus normas; y c) el art. 49 de la Ley Orgánica de Municipalidades establece la facultad o potestad de recurrir al Poder Judicial, a iniciativa del gobierno local y no un requisito de obligatorio cumplimiento.

Lesión a la autonomía política de los gobiernos locales y a una de sus competencias de rango constitucional

El art. 194 de la Constitución Política del Estado señala que las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno local. Tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia.

El propio Tribunal Constitucional ha establecido (Exp. N° 007-2001-AA/TC) que mediante dicha autonomía se garantiza a los gobiernos locales “desenvolverse con plena libertad en los aspectos administrativos, económicos y políticos (entre ellos, los legislativos)”; y que el ámbito de acción de cada una de estas autonomías (Exp. N° 00028-2007-PI/TC), son las siguientes:

“a) La autonomía política, consiste en la facultad de adoptar y concordar las políticas, planes y normas en los asuntos de su competencia, aprobar y expedir sus normas, decidir a través de sus órganos de gobierno y desarrollar las funciones que le son inherentes.

(155) MÁLLAP RIVERA, Johnny. “La sanción de demolición o la demolición de la autoridad municipal. Comentario a la STC Exp. N° 04068-2008-PA/TC”. En: *Gaceta Constitucional*. N° 18. Gaceta Jurídica. Lima, julio de 2009, p. 347.

b) La autonomía administrativa, consiste en la facultad de organizarse internamente, así como determinar y reglamentar los servicios públicos de su responsabilidad.

c) La autonomía económica, consiste en la facultad de crear, recaudar y administrar sus rentas e ingresos propios, así como aprobar sus presupuestos institucionales conforme a la Ley de Gestión Presupuestaria del Estado y las Leyes Anuales de Presupuesto”.

Desde esta perspectiva, la autonomía política (que es la que nos interesa resaltar a efectos de este tema) es la capacidad de dictar normas con carácter obligatorio en los asuntos de su competencia, dentro de su jurisdicción, y de exigir el cumplimiento de sus normas, sancionar a quienes las incumplen o, de ser el caso, denunciar a quienes se resisten obedecerlas; de lo contrario, el poder municipal carecería de todo contenido concreto, sería una autonomía meramente nominal.

Una de las competencias concretas que la propia Constitución Política del Perú otorga a los gobiernos locales es la establecida en su art. 195 inciso 6, en los siguientes términos:

“Artículo 195.- Los gobiernos locales promueven el desarrollo y la economía local, y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo. **Son competentes para:**

6. Planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones, incluyendo la zonificación, urbanismo y el acondicionamiento territorial” (resaltado nuestro).

¿Cómo planificar el desarrollo urbano, la zonificación, el urbanismo y el acondicionamiento territorial si el gobierno local no tiene la potestad autónoma de corregir las construcciones que contravengan las normas legales, reglamentos y ordenanzas municipales sobre la materia? Si al fin y al cabo, la ejecución de una demolición depende de la autorización del Poder Judicial, ¿no se limita acaso una de las competencias que la propia constitución otorga a los gobiernos locales como entes autónomos?

El mismo TC había definido a la sanción de demolición como protegida por la competencia asignada a los gobiernos locales por la propia Constitución Política, en el inciso 6 del art. 195, que hemos transcrito antes. Así, vía el Exp. N° 1159-2005-PA/TC, doña Lola Fidelia Mendoza Flores, en la demanda de acción de amparo contra la Municipalidad de Puno, sostiene que es propietaria del predio, encontrándose en posesión del mismo; que para construir la infraestructura solicitó licencia de construcción, habiendo pagado los derechos correspondientes; sin embargo, desde el año 2002 ha recibido constantes amenazas de destrucción y demolición de su propiedad por parte de la Dirección emplazada, la que pretende aplicar normas contrarias a la Constitución para afectar su derecho consagrado en el artículo 70 de la Carta Fundamental. Al resolver el TC, fundamentó lo siguiente:

“1. En el proceso materia de autos, este Colegiado distingue dos tipos de problemas; el primero de ellos, relativo a si el inmueble de la demandante –o parte del mismo–, se encuentra en una vía que es considerada pública o, por el contrario, se encuentra dentro del predio de propiedad de aquella; por otro lado, si la construcción realizada fue hecha con arreglo al ordenamiento jurídico.

2. A consecuencia de ello, corresponde que este Colegiado, antes de pronunciarse sobre el particular, precise que si el cerco perimétrico se encuentra o no dentro del predio de propiedad de la demandante no es un tema que pueda ser objeto de dilucidación en esta sede, pues el proceso de amparo carece de la etapa probatoria pertinente para tal efecto, en aplicación del artículo 13 de la Ley N° 25398, vigente al momento de interponerse la demanda –dicho dispositivo se encuentra recogido en el artículo 9 del Código Procesal Constitucional, hoy en vigencia–.
3. **Distinta es la situación correspondiente a la sanción de demolición, contenida en las resoluciones administrativas impugnadas.** Sobre el particular, considera el Tribunal Constitucional que, en principio, las municipalidades son competentes para imponer dicha sanción con arreglo tanto a la Constitución como a su Ley Orgánica; debe tenerse presente que la primera establecía en su artículo 192, inciso 5 –conforme a la regulación vigente antes de la modificación introducida por la Ley N° 27680, de fecha 7 de marzo de 2002–, que una de las atribuciones de las municipalidades era la de planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones y ejecutar los planes y programas correspondientes; **dicha atribución se encuentra hoy consagrada en el artículo 195.6 de la Constitución**” (resaltado nuestro).

Es decir, deja claramente establecido que la demolición es una sanción, y que dicha atribución se encuentra **consagrada** en la Constitución Política del Perú como competencia municipal.

Por ello, la sentencia del TC que se comenta significa un viraje de su propia línea argumentativa. Al establecer que para ejecutar una sanción de demolición se requiere **necesariamente** de una autorización judicial, basa su argumento en el texto puro del art. 49 de la Ley Orgánica de Municipalidades, sin reparar en la categoría constitucional de la competencia que la Constitución Política otorga a los gobiernos locales.

Pero ¿realmente establece el art. 49 de la Ley Orgánica de Municipalidades el requisito de la autorización judicial? Antes de abordar esta cuestión, analicemos la potestad que tienen las municipalidades para hacer cumplir sus propias normas en los términos establecidos en la LOM.

Las municipalidades tienen la potestad autónoma de hacer cumplir sus normas

El art. I de la Ley N° 27972 - Ley Orgánica de las Municipalidades, precisa que las municipalidades son órganos de gobierno “con personería jurídica de derecho público y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines”. Y el art. II, que “La autonomía que la Constitución Política del Perú establece para las municipalidades radica en la facultad de ejercer actos de gobierno, administrativos y de administración, con sujeción al ordenamiento jurídico”.

De conformidad con el art. 1 de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, son actos administrativos “las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, **están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta**” (resaltado nuestro).

En consecuencia, por concordancia de la LOM con la Ley Procedimiento Administrativo General, la facultad de ejercer actos administrativos es un ejercicio esencial de la autonomía municipal y eso significa que sus resoluciones necesariamente van a

producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados, incluida la propiedad, que no es un derecho absoluto sino que debe ejercerse en armonía con el interés público. Mucho más cuando se trata de normas de planificación urbana, de zonificación, urbanismo y acondicionamiento territorial, cuyo contenido y objetivo primordial es la defensa del interés público sobre el interés privado. No otra cosa son las disposiciones siguientes de la LOM:

“Artículo 88.- Corresponde a las municipalidades provinciales y distritales dentro del territorio de su jurisdicción, velar por el uso de la propiedad inmueble en armonía con el bien común.

Artículo 90.- La construcción, reconstrucción, ampliación, modificación o reforma de cualquier inmueble, se sujeta al cumplimiento de los requisitos que establezcan la Ley, el Reglamento Nacional de Construcciones y las ordenanzas o reglamentos sobre seguridad de Defensa Civil, y otros organismos que correspondan, para garantizar la salubridad y estética de la edificación; asimismo deben tenerse en cuenta los estudios de impacto ambiental, conforme a ley.

Artículo 91.- Las municipalidades provinciales, en coordinación con el Instituto Nacional de Cultura o a su solicitud, pueden establecer limitaciones especiales por la necesidad de conservación de zonas monumentales y de edificios declarados monumentos históricos o artísticos, de conformidad con las leyes sobre la materia y con las ordenanzas sobre protección urbana y del patrimonio cultural.

Artículo 92.- Toda obra de construcción, reconstrucción, conservación, refacción o modificación de inmueble, sea pública o privada, requiere una licencia de construcción, expedida por la municipalidad provincial, en el caso del cercado, y de la municipalidad distrital dentro de cuya jurisdicción se halla el inmueble, previo certificado de conformidad expedido por el Cuerpo General de Bomberos Voluntarios o del Comité de Defensa Civil, según corresponda, además del cumplimiento de los correspondientes requisitos reglamentarios.

Las licencias de construcción y de funcionamiento que otorguen las municipalidades deben estar, además, en conformidad con los planes integrales de desarrollo distrital y provincial”.

Pero, aparte de las mencionadas, hay especialmente dos normas de la LOM que el TC no ha tenido en cuenta, al momento de interpretar el art. 49 de la Ley Orgánica de Municipalidades.

La primera, es el art. 46, cuyo texto es el siguiente:

“Las normas municipales son de carácter obligatorio y su incumplimiento acarrea las sanciones correspondientes, sin perjuicio de promover las acciones judiciales sobre las responsabilidades civiles y penales a que hubiere lugar.

Las ordenanzas determinan el régimen de sanciones administrativas por la infracción de sus disposiciones, estableciendo las escalas de multas en función de la gravedad de la falta, así como la imposición de sanciones no pecuniarias.

Las sanciones que aplique la autoridad municipal podrán ser las de multa, suspensión de autorizaciones o licencias, clausura, decomiso, retención de productos y mobiliario, retiro de elementos antirreglamentarios, paralización de

obras, **demolición**, internamiento de vehículos, inmovilización de productos y otras.

A solicitud de la municipalidad respectiva o del ejecutor coactivo correspondiente, la Policía Nacional prestará su apoyo en el cumplimiento de las sanciones que se impongan, bajo responsabilidad” (resaltado nuestro).

La segunda, es el art. 93, que con el nombre de facultades especiales de las municipalidades, establece:

“Las municipalidades provinciales y distritales, dentro del ámbito de su jurisdicción, **están facultadas para:**

1. **Ordenar la demolición** de edificios construidos en contravención del Reglamento Nacional de Construcciones, de los planos aprobados por cuyo mérito se expidió licencia o de las ordenanzas vigentes al tiempo de su edificación.

2. **Ordenar la demolición de obras** que no cuenten con la correspondiente licencia de construcción. (...)

4. Hacer cumplir, **bajo apercibimiento de demolición** y multa, la obligación de conservar el alineamiento y retiro establecidos y la de no sobrepasar la altura máxima permitida en cada caso” (resaltado nuestro).

En consecuencia, los arts. 88, 90, 91 y 92 establecen las disposiciones y requisitos obligatorios que todo ciudadano debe cumplir en materia de urbanismo y planificación urbana, el art. 46 reconoce la **capacidad sancionadora** de las municipalidades y el art. 93 establece la facultad expresa para **ordenar la demolición**. Ordenar, dice la norma. Ordenar significa mandar que se haga algo. Y solo manda aquel que tiene la capacidad de imponer o ejecutar el mandato.

De allí que conviene volver a nuestra interrogante anterior: ¿realmente, establece el art. 49 de la Ley Orgánica de Municipalidades el requisito de la autorización judicial para ejecutar una demolición?

El art. 49 de la LOM

Esta norma señala lo siguiente:

“La autoridad municipal puede ordenar la clausura transitoria o definitiva de edificios, establecimientos o servicios cuando su funcionamiento está prohibido legalmente o constituye peligro o riesgo para la seguridad de las personas y la propiedad privada o la seguridad pública, o infrinjan las normas reglamentarias o de seguridad del sistema de defensa civil, o produzcan olores, humos, ruidos u otros efectos perjudiciales para la salud o la tranquilidad del vecindario.

La autoridad municipal puede ordenar el retiro de materiales o la demolición de obras e instalaciones que ocupen las vías públicas o mandar ejecutar la orden por cuenta del infractor; con el auxilio de la fuerza pública o a través del ejecutor coactivo, cuando corresponda.

La autoridad municipal **puede demandar autorización judicial** en la vía sumarisima para la demolición de obras inmobiliarias que contravengan las normas legales, reglamentos y ordenanzas municipales” (resaltado nuestro).

Además de la omisión de concordar este dispositivo con las normas constitucionales y legales antes referidas (que de hacerlo, el resultado sería distinto), el TC se centra en este solo artículo y extrae de él dos conclusiones de enorme trascendencia para la gestión de las municipalidades en materia urbana:

“Conforme a lo anterior [se refiere al texto del artículo 49], en el caso de demoliciones sobre obras que contravengan las normas legales, reglamentos y ordenanzas municipales, **la autoridad municipal requiere necesariamente le sea concedida una autorización judicial, para realizar la demolición en cuestión, sin que le resulte posible ejecutar dicha medida sin contar con la referida autorización judicial**”.

“En este sentido, **no resulta posible a la Municipalidad ejecutar la referida medida sino hasta que la misma hubiere sido autorizada judicialmente conforme** se desprende del artículo 49 de la Ley Orgánica de Municipalidades” (resaltado nuestro).

Sin embargo, la sentencia no nos explica cómo es que la redacción clara de la norma **“puede** demandar autorización judicial”, se convierte en un **“debe** demandar autorización judicial”.

El Diccionario de la Real Academia Española establece para el término “poder” (de donde se deriva “puede”), las siguientes acepciones: acepción 1: ‘tener expedita la facultad o potencia de hacer algo’, y acepción 5: ‘ser contingente o posible que suceda algo’. Y es en este sentido que está concebido el último párrafo del art. 49 de la Ley Orgánica de Municipalidades. Porque de asumir como válida la interpretación del TC, ocasionaría una contradicción del art. 49 con los arts. 46 y 93 de la propia LOM. Con el art. 46, ya que el incumplimiento de la norma que ordena una demolición (recuérdese que toda norma sancionadora debe otorgar un plazo para que sea ejecutada por el propio infractor) no acarrearía una sanción en los hechos, sino que esta estaría sujeta a la eventualidad de una autorización judicial. Con el art. 93, porque la municipalidad no estaría facultada para “ordenar la demolición” sino solo declararla, sin saber con certeza si podrá ejecutarla o no. Y, sobre todo, colisionaría con el art. 195 de la Constitución que establece que los gobiernos locales son competentes para planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones; competencia que la ley no podría limitar en una sanción tan importante como la demolición, que estaría sujeta a la eventualidad de una autoridad en sede judicial.

Por ello, el art. 49 de la LOM le otorga a la municipalidad la potestad de recurrir al Poder Judicial, que puede o no ejercerla, dependiendo de las circunstancias concretas donde va a ejecutarse la demolición; en caso de arbitrariedad o abuso, el propio sistema tiene sus controles en la vía administrativa y judicial, que el administrado tienen todo el derecho a ejercerlos. En cuanto a la orden de demolición, muchas veces, en términos generales, será más conveniente para la autoridad municipal solicitar la autorización judicial, teniendo en cuenta que en la ejecución de los mandatos el grado de resistencia de los vecinos es mayor frente al gobierno local que ante el Poder Judicial.

Sin embargo, queda entendido que las municipalidades deben tramitar el procedimiento administrativo sancionador con la garantía del debido proceso, que incluye la oportunidad de defensa por parte del administrado y el cumplimiento estricto de las disposiciones establecidas por el art. 229 y siguientes de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General. El administrado siempre tendrá la posibilidad

de accionar los recursos administrativos de reconsideración y apelación o recurrir al Poder Judicial vía el proceso contencioso-administrativo, cauce idóneo de control jurídico por parte del Poder Judicial de las actuaciones de la Administración Pública sujetas al Derecho Administrativo.

Sobre la problemática urbana, advierte el Banco Interamericano de Desarrollo: “En las próximas dos décadas, la mayoría de la población mundial estará viviendo en las ciudades y el número de residentes urbanos de países en desarrollo se duplicará, aumentando en más de dos mil millones de habitantes. Esta dramática migración desde las áreas rurales hacia las urbanas no tiene precedentes y conlleva grandes oportunidades y desafíos. América Latina y el Caribe están entre las áreas con una de las tasas de urbanización más altas del planeta. Las Naciones Unidas prevén que en 2020 el porcentaje de su población que habitará en áreas urbanas superará el de la población residente en países desarrollados (donde la mayoría de la población tiene una alta tasa de ingreso per cápita) haciendo de esta la región más urbanizada del planeta. En 2000, las ciudades latinoamericanas concentraban al 75 por ciento de los 507 millones de habitantes de la región y producían más de la mitad del Producto Interno Bruto (PIB)”⁽¹⁵⁶⁾.

El TC yerra: necesitamos municipios sólidos, con el pleno ejercicio de sus facultades sancionadoras.

Sin embargo, de acuerdo a lo establecido por el TC, para aplicar la sanción de demolición la autoridad municipal debe: 1. instaurar el procedimiento administrativo sancionador que concluya con una sanción para el administrado; 2. la sanción debe quedar consentida o firme; y 3. solicitar la autorización judicial para ejecutar el acto de demolición correspondiente.

ARTÍCULO 94.- EXPROPIACIÓN SUJETA A LEGISLACIÓN

La expropiación de bienes inmuebles se sujeta a la legislación sobre la materia. El requerimiento de expropiación por causas de necesidad pública es acordado por el concejo provincial o distrital de su jurisdicción, con el voto aprobatorio de más de la mitad del número legal de regidores y procede únicamente para la ejecución de los planes de desarrollo local o la prestación, o mejor prestación, de los servicios públicos.

CONCORDANCIAS:

Const. Art. 70
Ley Nº 27972 Art. 96
Ley Nº 27117 Arts. 2, 4, 5

(156) BID. *Desarrollo urbano*. Departamento de Desarrollo Sostenible. <http://www.iadb.org/sds/SOC/site_15_s.htm>.

ARTÍCULO 95.- EXPROPIACIÓN A TRAVÉS DEL PODER EJECUTIVO

Acordada la expropiación por necesidad pública por el concejo provincial o distrital, con estricta sujeción a lo previsto en el artículo anterior, este solicita que el Poder Ejecutivo disponga la expropiación de acuerdo a la Ley General de Expropiaciones.

CONCORDANCIAS:

Const. Art. 70
Ley N° 27117 Arts. 4, 6:6.2), 8

ARTÍCULO 96.- CAUSAS DE NECESIDAD PÚBLICA

Para los efectos de expropiación con fines municipales, se consideran causas de necesidad pública, las siguientes:

1. La ejecución de obras públicas municipales.
2. La instalación y funcionamiento de servicios públicos locales.
3. La salvaguarda, restauración y conservación de inmuebles incorporados al patrimonio cultural de la Nación o de la humanidad o que tengan un extraordinario valor arquitectónico, artístico, histórico o técnico, debidamente declarado como tal por el Instituto Nacional de Cultura.
4. La conservación ineludible de la tipicidad panorámica de un lugar que sea patrimonio natural de la Nación.
5. La salvaguarda de recursos naturales necesarios para la vida de la población.
6. El saneamiento físico-legal de espacios urbanizados que hayan sido ocupados por acciones de hecho y sin posibilidad real de restablecimiento del estado anterior.
7. El mejoramiento y renovación de la calidad habitacional, a través de programas de destugurización.
8. La demolición por peligro inminente.
9. El establecimiento de servidumbres que requieran la libre disponibilidad del suelo.
10. La reubicación de poblaciones afectadas por catástrofes o peligros inminentes.
11. La instalación y/o remodelación de centros poblados.

CONCORDANCIAS:

Const. Art. 70
Ley N° 27117 Arts. 4, 5
C.C. Art. 928
C.P.C. Arts. 519 a 532



COMENTARIO

El TC ha hecho un análisis (Exp. N° 03258-2010-PA/TC) de la relación entre el derecho de propiedad y la expropiación señalando que:

“6.No obstante la protección constitucional del derecho de propiedad, el mismo artículo 70 de la Constitución, con fundamento en la prevalencia del bien común,

contempla la figura de la expropiación como potestad del Estado; esto es, la privación de la titularidad de ese derecho contra la voluntad de su titular. Por ello, puede considerarse que la propiedad es un derecho que puede ser sacrificado en cualquier momento si así lo exige la seguridad nacional o la necesidad pública, según lo señala el artículo 70 de la Constitución.

7. Pues bien, para que la expropiación como acto sea legítima debe observarse, en primer término, el principio de legalidad en virtud del cual la actividad de todas las personas y la Administración Pública está sometida, primero, a la Constitución Política y, segundo, al ordenamiento jurídico positivo. En segundo término, para que la expropiación como procedimiento sea legítima, tiene que respetarse el derecho al debido proceso del titular del derecho de propiedad.
8. Según el artículo 70 de la Constitución vigente, el acto de expropiación, para que sea constitucionalmente válido, requiere: a) Que existan motivos de **seguridad nacional** o de **necesidad pública** definidos por el Congreso de la República mediante una ley especial porque la naturaleza de las cosas así lo exige. Los motivos expropiatorios de la Constitución de 1979, en cambio, tenían que fundamentarse en la **necesidad y la utilidad públicas** o en el **interés social**. b) Que el Estado pague previamente, en efectivo, una indemnización justipreciada que incluya el precio del bien expropiado y la compensación por el eventual perjuicio, que, a su vez, debe ser establecida en el procedimiento expropiatorio. Es decir, que el Estado tiene el deber de indemnizar en forma plena y completa al titular del derecho de propiedad privada, por el daño que no tenía el deber de soportar.
9. Así pues, **las entidades de la Administración Pública tienen el deber constitucional de respetar el derecho de propiedad. Por consiguiente, cuando requieran bienes inmuebles deben obrar con sujeción al principio de legalidad y al derecho al debido proceso; es decir, que para que el derecho de propiedad pueda ser adquirido válidamente mediante el acto de expropiación se requiere que exista una ley del Congreso de la República que exprese alguno de los motivos contemplados en la Constitución para que proceda la expropiación.** Por ello, los actos de expropiación de hecho resultan inconstitucionales”.

Por tanto, la expropiación “consiste en un acto de derecho público por el cual el Estado priva coactivamente a un particular o a un grupo de ellos, de la titularidad de un determinado bien. Para ello es preciso que el Poder Legislativo lo declare mediante Ley sobre la base de la existencia de una causa real y apremiante de seguridad o necesidad nacional” (Exp. N° 00031-2004-PI/TC).

Pues bien, en el contexto de lo dispuesto por el art. 70 de la Constitución Política del Estado⁽¹⁵⁷⁾, los arts. 94 a 96 de la LOM regulan la potestad y el procedimiento debido para que los gobiernos locales soliciten la expropiación de un bien inmueble ubicado dentro de su jurisdicción. Las reglas estipuladas por la LOM son las siguientes:

(157) **Constitución:** “Art. 70.- El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causas de seguridad nacional o necesidad pública declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio”.

- 1) La expropiación en el ámbito municipal se regirá por la ley especial, es decir, la Ley N° 27117 - Ley General de Expropiaciones, que a su vez regula la expropiación a que se refiere el art. 70 de la Constitución Política, el art. 928 del Código Civil y los arts. 519 a 532 del Código Procesal Civil.
- 2) Son causas de necesidad pública que ameritan la expropiación con fines municipales las señaladas en el art. 96 de la LOM. Hay que referir que el catálogo de causas es un *numerus clausus*, por tanto el concejo solo podrá solicitar la expropiación cuando concurren algunas de las causales allí precisadas.
- 3) La solicitud de expropiación requiere un acuerdo del Concejo municipal con el voto aprobatorio de más de la mitad del número legal de regidores.
- 4) Acordada la expropiación, el Concejo municipal solicitará al Poder Ejecutivo emita la autoritativa de la expropiación.

El art. 94 de la LOM ha establecido también algunas limitaciones respecto de la expropiación municipal, detallando que debe solicitarse **únicamente** para la ejecución de los planes de desarrollo local o la prestación o mejor prestación de los servicios públicos.

El pago de la indemnización justipreciada

Adicionalmente, aunque los dispositivos de la LOM no lo señalen expresamente, la expropiación conlleva necesariamente la obligación por parte de la municipalidad de pagar, previamente y en efectivo, la indemnización justipreciada que compense el precio del bien materia de expropiación⁽¹⁵⁸⁾. Pago que debe ser previo y en efectivo, tal

(158) **STC Exp. N° 03140-2010-PI/TC**: “Desde la dimensión procesal, es constitucionalmente necesario que se establezca un procedimiento que permita determinar definitivamente cuál es el monto de la indemnización justipreciada, por lo que en circunstancias ordinarias, el mandamus relativo al pago previo a que se refiere el artículo 70 de la Constitución Política del Perú (antes 125 de la Constitución de 1979) se constituye en tal atendiendo a lo estipulado en la norma que regula el proceso de expropiación, en el que, para que esta sea legítima, tiene que respetarse el derecho al debido proceso del titular del derecho de propiedad (Cfr. fundamento 10 de la STC Exp. N° 5614-2007-PA/TC). Así, este Tribunal también ha señalado en su jurisprudencia (fundamentos 11.6 y 12 de la STC Exp. N° 5614-2007-PA/TC) que el Estado se encuentra obligado a pagar previamente una indemnización justipreciada que incluya el precio del bien expropiado y la compensación por el eventual perjuicio, que a su vez, debe ser establecida en el procedimiento expropiatorio. Solo a través del mencionado desembolso, la expropiación podrá considerarse válida en tanto sacrificio del derecho a la propiedad. En consecuencia, el Estado está en la obligación de indemnizar en forma previa, plena y completa al titular del derecho de propiedad privada por el daño que no tenía el deber de soportar, toda vez que las entidades de la Administración Pública están obligadas a cumplir el deber constitucional de respetar el derecho de propiedad y, por ende, los cauces constitucionales para su excepcional sacrificio. Esto viene a significar que cuando el Estado requiera terrenos, o bienes inmuebles, como en el presente caso, debe obrar con sujeción al principio de legalidad y al derecho al debido procedimiento para que pueda expropiarse; en el caso contrario, no será constitucional su proceder. De lo señalado se advierte que la determinación del justiprecio a través de un debido procedimiento consolida la determinación derivada de la regla establecida en el artículo 70 de la Constitución Política del Estado (antes 125 de la Constitución de 1979); en consecuencia, en el ámbito de lo expropiable está proscrita la apropiación del patrimonio (propiedad) de una persona, de parte del sujeto activo (Estado) sin causa constitucionalmente válida, sin procedimiento establecido por la ley y sin el pago previo de la indemnización justipreciada y, de ser el caso, la compensación por el daño causado”.

como lo manda la ley especial y no sujeto las condiciones de pago o a la disponibilidad presupuestaria de la entidad⁽¹⁵⁹⁾.

En la STC Exp. N° 00864-2009-AA/TC, el TC ha establecido algunas reglas para establecer el justiprecio, que debe preceder al proceso expropiatorio:

“26. Este Tribunal también ha señalado en su jurisprudencia (fundamentos 11.b y 12 de la STC 5614-2007-PA/TC), que el Estado se encuentra obligado a pagar previamente una indemnización justipreciada que incluya el precio del bien expropiado y la compensación por el eventual perjuicio, que, a su vez, debe ser establecida en el procedimiento expropiatorio. Solo a través del mencionado desembolso, la expropiación podrá considerarse como válida en tanto límite del derecho a la propiedad.

27. El Estado está en la obligación de indemnizar en forma plena y completa al titular del derecho de propiedad privada por el daño que no tenía el deber de soportar, toda vez que las entidades de la Administración Pública tienen el deber constitucional de respetar el derecho de propiedad. Esto viene a significar que cuando el Estado requiera bienes inmuebles deben obrar con sujeción al principio de legalidad y al derecho al debido procedimiento para que pueda expropiarse, caso contrario, no será constitucional.

28. Sobre la forma en que debe realizarse el pago del justiprecio lo importante es el respeto por el valor urbanístico de la propiedad. Ello ha sido recogido por el artículo 15 de la Ley General de Expropiaciones, Ley N° 27117, que dice que ‘15.1. La indemnización justipreciada comprende el valor de tasación comercial debidamente actualizado del bien que se expropia y la compensación que el sujeto activo de la expropiación debe abonar en caso de acreditarse fehacientemente daños y perjuicios para el sujeto pasivo originados inmediata, directa y exclusivamente por la naturaleza forzosa de la transferencia. 15.2. La entrega

(159) **STC Exp. N° 03140-2010-PI/TC:** “En este contexto, la municipalidad demandada, conforme a lo expresado, lejos de programar el pago total del valor comercial del bien materia de autos ‘ha procedido a la consignación mensual [a través de su Gerencia de Finanzas] en aplicación del numeral 42.3 de la Ley N° 27584 y del numeral 70.5 de la Ley N° 28411 que se viene haciendo efectiva mediante depósito judicial (...)’. Asimismo, la Procuraduría Pública Municipal informa a este Tribunal que la municipalidad demandada viene efectuando pagos mensuales parciales vía consignación bancaria por la suma de S/. 23.869 mensuales desde el mes de enero de 2010, indicando que la suma mensual consignada será incrementada en la medida en que la economía de la Municipalidad Metropolitana de Lima lo permita. (...) en consecuencia, resulta irritante con el contenido de lo establecido en el artículo 70 de la Constitución que se pretenda abonar el referido pago por la indemnización justipreciada, ya no previamente como allí se establece (asunto que materialmente es imposible pues la obra, como ya se ha referido, ha sido completada y entregada) sino atendiendo a lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 42 de la Ley N° 27584 (y al numeral 5 del artículo 70 de la Ley N° 28411, pues si se hubiera seguido el procedimiento expropiatorio, la ejecución de la obra debería haberse realizado luego de la consignación de la indemnización justipreciada al juez, conforme lo establecía el artículo 40 del Decreto Legislativo N° 313 y el artículo 36 de su Reglamento. Por lo demás, la actual ley de expropiaciones dispone en su artículo 16 que: ‘El valor del bien se determinará mediante tasación comercial actualizada que será realizada exclusivamente por el Consejo Nacional de Tasaciones - CONATA’, y que ‘La entrega efectiva y total del monto de la indemnización justipreciada se efectuará en dinero, una vez transcurrido el plazo para la contestación de la demanda o contestación de la reconvenión, según corresponda”.

efectiva y total del monto de la indemnización justipreciada se efectuará en dinero una vez transcurrido el plazo para la contestación de la demanda o de la contestación de la reconvencción, según corresponda. En caso de oposición del sujeto activo a la compensación, el sujeto pasivo deberá otorgar garantía real o fianza bancaria por la diferencia existente entre su pretensión y la del Estado. 15.3. La indemnización justipreciada no podrá ser inferior al valor comercial actualizado conforme a lo dispuesto en el artículo 16 de la presente Ley; ni podrá exceder de la estimación del sujeto pasivo. 15.4. En ningún caso la indemnización justipreciada podrá comprender el valor de las mejoras realizadas en el bien a expropiar por el sujeto pasivo con posterioridad a la fecha de publicación de la resolución a que se refiere el artículo 8 de la presente Ley'. La tasación a partir de valor de mercado constituye un requisito para que la expropiación que realice el Estado esté dentro de los márgenes constitucionales.

29. Una limitación al ejercicio de un derecho a la propiedad solo tiene sentido si el destinatario en su tutela, como es el Estado, cumple escrupulosamente la forma en que la expropiación sea realizada. No tiene sentido, en este marco, que se restrinja un derecho fundamental si es que va a abusarse de las potestades públicas con una inacción, tal como puede encontrarse en el presente caso. La prescripción de la Constitución de 1933 seguida en la de 1993, va en esa línea de pensamiento”.

Sujetos pasivos de la expropiación

Conforme al art. 11 de la Ley N° 27117, son sujetos pasivos de la expropiación:

“11.1 Se considera sujeto pasivo de la expropiación al propietario contra quien se dirige el proceso de expropiación. Asimismo, al poseedor con más de 10 (diez) años de antigüedad que tenga título inscrito, o cuya posesión se haya originado en mérito a resolución judicial o administrativa, o que haya sido calificado como tal por autoridades competentes, según las leyes especializadas.

11.2 Cuando el bien se encuentre inscrito a nombre de único titular del derecho de propiedad, el proceso de expropiación se entenderá con este, salvo la existencia de poseedor que adquirió por prescripción, conforme al numeral 11.1.

11.3 En los casos en que exista duplicidad registral, se entenderá como sujeto pasivo de la expropiación a aquel que tenga inscrito su dominio con anterioridad; o exista proceso judicial o arbitral que discuta la propiedad del bien a expropiarse, que conste en el registro respectivo, se retiene el pago del monto de la indemnización justipreciada que incluye compensación, hasta que por proceso arbitral o judicial, debidamente consentido y ejecutoriado, se determine el mejor derecho de propiedad.

11.4 Cuando el bien no esté inscrito, el sujeto activo de la expropiación publicará un aviso una vez en un diario de circulación nacional y dos veces en un diario de mayor circulación del lugar en donde se encuentra ubicado el predio objeto de expropiación, con un intervalo de 3 (tres) días. El referido aviso debe contener: a) el sujeto activo de la expropiación y su domicilio legal; b) la ubicación exacta del inmueble; c) el plazo que tendrá el afectado para presentarse que será de 10 (diez) días contados a partir de la última publicación.

11.5 El afectado o su representante legal deberá presentar documento público o privado de fecha cierta que pruebe su titularidad. En caso de presentarse dos o más afectados, el proceso se entenderá con aquel que presente documento público de fecha más antigua.

11.6 Cuando no se presente ningún afectado se indemnizará a los poseedores, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 912 del Código Civil.

11.7 Cuando no exista poseedor se presume que el bien es del Estado, sin perjuicio del derecho de reivindicación al justiprecio que podrá ejercer el propietario”.

La expropiación indirecta y límites a las facultades de zonificación

En el STC Exp. N° 00239-2010-PA/TC, la recurrente solicita que se declare inaplicable la Ordenanza N° 1099-MML, que aprueba el Reajuste Integral de la Zonificación de los usos de suelo del distrito de Chaclacayo, debido a que la modificación de zonificación de los suelos donde se encuentra una parte de sus terrenos a “Zona de protección y tratamiento paisajista (PTP)” le prohíbe realizar cualquier tipo de edificación. Alude que dicha ordenanza contraviene lo dispuesto en la Ordenanza N° 620 y afecta sus derechos a la propiedad, al trabajo y de libertad de empresa, toda vez que antes de su expedición obtuvo la autorización municipal correspondiente para la edificación en dichos predios a través del Certificado de Zonificación y Vías N° 635-2007-MML-GDU-SPHU, de fecha 10 de diciembre de 2007.2. Alega que a pesar de que es propietaria de los terrenos inscritos en el Registro de Predios de Lima y de tener la autorización municipal correspondiente, la entrada en vigor de dicha norma le ha impedido realizar cualquier tipo de edificación inicialmente autorizada puesto que ha modificado la zonificación del área donde se ubican sus terrenos denominándola “Zona de Protección y Tratamiento Paisajista”. Advierte que dicho cambio al establecer una zonificación menor al tipo de zona que en aquel entonces tenían los predios, colisiona con el artículo 35 de la Ordenanza N° 620-MML, que aprueba el Plan Metropolitano de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano de Lima de los planes urbanos distritales y actualización de la zonificación de los usos de suelo de Lima. El TC hace un análisis del tema, declarando fundada la demanda por las siguientes consideraciones:

“10. Por otro lado, la noción de expropiación indirecta o expropiación regulatoria se aplica tanto en Derecho internacional como en Derecho interno. Siguiendo múltiples pronunciamientos a través de resoluciones expedidas por tribunales internacionales, se ha clasificado a las expropiaciones en dos tipos: directas, es decir, aquellos actos legislativos o administrativos que transfieren el título y la posición física de un bien, e **indirectas**, es decir, aquellos actos estatales que en la práctica producen una pérdida de la administración, el uso o el control de un recurso, o una significativa depreciación en el valor de los bienes. A su vez, se reconoce que las expropiaciones indirectas se subdividen en expropiación progresiva, que son aquellas donde se produce una lenta y paulatina privación de facultades del derecho de propiedad del inversionista titular, lo que disminuye el valor del activo; y las expropiaciones regulatorias que son aquellas donde la amenaza de vulneración al derecho de propiedad se produce a través de regulación estatal.

11. Así pues, a nivel interno, debe entenderse por expropiación indirecta o expropiación regulatoria aquella en donde la Administración Pública a través de una sobrerregulación priva (total o parcialmente) al propietario de un bien de uno o todos los atributos del derecho de propiedad (ya sea del uso, del disfrute

o de la disposición). El derecho de propiedad sobre bienes tiene sentido en tanto permite extraer un mayor provecho a los bienes. **Si no se puede disponer, usar o disfrutar los bienes, gozar de su titularidad carece de relevancia.**

12. Si bien la Constitución no hace mención expresa relativa a la proscripción de las expropiaciones indirectas, lo que no significa que la Constitución las tolere, una interpretación constitucional válida lleva a concluir que toda vez que la Constitución reconoce, respeta y protege el derecho de propiedad de los privados como parte del modelo de economía social de mercado al que se adscribe y al establecer la exigencia de un adecuado procedimiento expropiatorio que incluya un pago en efectivo de indemnización justipreciada para intervenir sobre la propiedad de privados, las expropiaciones indirectas se encuentran proscritas. Al respecto, las bases constitucionales que fundamentan la protección contra las expropiaciones regulatorias o indirectas se encuentran en los artículos 70, 2, inciso 2, 63, 71 y 61 de la Constitución.

13. En consecuencia, se advierte una amenaza cierta e inminente de vulneración al uso y disfrute de la propiedad del recurrente puesto que las medidas adoptadas en la Ordenanza Municipal 1099-MML recortan las legítimas y reales expectativas del demandante orientadas a darle el uso real y concreto para el cual fue adquirido el predio. Tal como el Tribunal Constitucional ha manifestado: '[...] se trata de un derecho cuyo origen no reside en la voluntad política del legislador estatal, sino en la propia naturaleza humana, que impulsa al individuo a ubicar bajo 'su' ámbito de acción y autoconsentimiento, el proceso de adquisición, utilización y disposición de diversos bienes de carácter patrimonial'. De la misma forma afirma que 'El propietario dispondrá, simultáneamente, del poder de emplear su bien en procura de lograr la satisfacción de sus expectativas e intereses propios y los de su entorno familiar; y el deber de encauzar el uso y disfrute del mismo en armonía y consonancia con el bien común de la colectividad a la que pertenece'" (STC Exp. N° 0008-2003-PI/TC).

El TC también hace referencia a lo establecido por el Tribunal del Indecopi, que en el Exp. N° 535-2010/SCI-INDECOPi señala que, además de las expropiaciones tradicionales, la protección que prevé el artículo 70 de la Constitución Política también alcanza a las expropiaciones regulatorias o indirectas, es decir, a los actos gubernamentales que afectan el valor de la propiedad, sin despojar formalmente al propietario de su título.

De igual modo, se entenderá por expropiaciones indirectas la interferencia en algunos de los atributos del derecho de propiedad, el uso, el disfrute o la disposición del bien. Por tanto, las expropiaciones indirectas afectan el derecho de propiedad protegida por la Constitución y, en consecuencia, están proscritas del sistema jurídico municipal; toda expropiación deberá sujetarse a la ley de la materia.

El procedimiento especial de expropiación regulado por el art. 21 de la Ley N° 28687- Ley de Desarrollo y Complementaria de Formalización de la Propiedad Informal, Acceso al Suelo y Dotación de Servicios Básicos

El artículo 21 de la Ley N° 28687 (modificado por la Ley N° 29320)⁽¹⁶⁰⁾, contiene un procedimiento especial de expropiación con fines de formalización de la propiedad, que

(160) Ley N° 28687.- Artículo 21.- De la expropiación de los terrenos. Declárase de necesidad pública, de conformidad con lo establecido en el numeral 6) del artículo 96 de la Ley N° 27972, Ley Orgánica

de Municipalidades, la expropiación y posterior titulación en beneficio de los pobladores de los terrenos ocupados por posesiones informales al 31 de diciembre de 2004.

El procedimiento de expropiación para estos fines se rige por las siguientes disposiciones:

21.1 Del sujeto activo

La expropiación es requerida por el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento o por el Organismo de Formalización de la Propiedad Informal (Cofopri) o los gobiernos locales a través de las municipalidades provinciales correspondientes. La municipalidad provincial o el Cofopri, este último durante el régimen extraordinario de formalización, actúa como sujeto activo de la expropiación.

21.2 De los beneficiarios

Para efectos de la presente Ley tienen la calidad de beneficiarios los ocupantes de las posesiones informales comprendidas en los terrenos materia de expropiación.

21.3 Restricciones

El procedimiento de expropiación procede siempre que no sea factible ejecutar un procedimiento de declaración de propiedad por el ente a cargo de la formalización.

En ningún caso se ejecutan procesos de expropiación y formalización de terrenos ocupados por posesiones informales constituidas con posterioridad al 31 de diciembre de 2004.

21.4 Del inicio del procedimiento de expropiación

El procedimiento de expropiación se inicia con la publicación de la ley autoritativa respectiva.

El inicio del proceso de expropiación se anota preventivamente a solicitud del ente formalizador por el solo mérito de la ley autoritativa y de los planos que se adjuntan para identificar el predio afectado.

21.5 Del valor del predio

La valoración del predio materia de expropiación no incluye el valor de las edificaciones efectuadas por los poseedores, los servicios básicos de saneamiento, así como las obras de infraestructura realizadas por el Estado en sus distintos niveles de Gobierno. Las mejoras realizadas por el sujeto pasivo de la expropiación con posterioridad a la publicación de la ley autoritativa de la expropiación no serán consideradas para la valoración.

21.6 Del pago de la indemnización justipreciada

El Estado asume el pago de la indemnización justipreciada, de acuerdo con el valor que fije el órgano competente para estos fines y, de ser el caso, la autoridad jurisdiccional o arbitral correspondientes.

El pago de la indemnización justipreciada se entiende efectuado válidamente por la vía de la consignación judicial cuando exista duplicidad registral, total o parcial; o procesos judiciales en los que se discuta la titularidad del bien; o cuando el sujeto pasivo de la expropiación cuestione el valor de la indemnización justipreciada. En este último caso el Estado debe cumplir con disponer las partidas presupuestales correspondientes para hacer efectivo el pago de cualquier diferencia a favor del sujeto pasivo de la expropiación, dentro del año siguiente a que dicha diferencia quede determinada.

21.7 Inscripción de la transferencia de propiedad

La inscripción de la transferencia de propiedad de los terrenos afectados a favor del Estado, se efectúa en mérito de la copia certificada del documento que acredite el pago de la indemnización justipreciada, de acuerdo a la valoración efectuada por el órgano competente del Poder Ejecutivo.

Una vez inscrita la transferencia de propiedad a favor del Estado, el ente formalizador ejecuta las acciones de formalización de la propiedad sobre los terrenos expropiados.

21.8 Caducidad de la expropiación

El procedimiento de expropiación caduca de pleno derecho cuando no se acredita el pago de la indemnización justipreciada establecida por el Estado en el plazo de tres (3) meses, computado a partir del día siguiente de la publicación de la ley autoritativa de expropiación. En este caso,

regula lo previsto en el numeral 6) del artículo 96 de la LOM, que señala que es causa de necesidad pública para la expropiación municipal “El saneamiento físico-legal de espacios urbanizados que hayan sido ocupados por acciones de hecho y sin posibilidad real de restablecimiento del estado anterior”.

Dicho dispositivo ha sido reglamentado por el D.S. N° 004-2009-VIVIENDA, norma que señala que este procedimiento especial de expropiación resulta procedente siempre que se presenten los siguientes supuestos de manera **concurrente**: a) cuando se trate de terrenos ocupados por posesiones informales al 31 de diciembre de 2004; b) que los terrenos ocupados se encuentren consolidados, es decir, sin posibilidad real de restablecimiento al estado anterior a la ocupación; c) que no resulte factible ejecutar un procedimiento de declaración de propiedad por la entidad a cargo de la formalización. Asimismo, no deberá estar en trámite ningún otro proceso de formalización de posesiones informales en propiedad privada; d) que no se encuentren ubicados en zonas arqueológicas intangibles o que constituyan patrimonio cultural de la Nación; en áreas naturales protegidas o zonas reservadas según la legislación de la materia; en zonas de alto riesgo, cuando así lo determine el informe de la entidad competente; y otros supuestos establecidos en la normativa que regula el proceso de formalización de la propiedad.

Adicionalmente, el reglamento detalla: las acciones previas para el procedimiento de expropiación, la valoración, el requerimiento de la ley autoritativa, la ejecución del procedimiento de expropiación, del pago de la indemnización justipreciada, la ejecución de las acciones de formalización por la cual la entidad formalizadora emitirá la resolución que apruebe y disponga la inscripción del Plano de Trazado y Lotización en el Registro de Predios.

“La formalización individual se realizará de acuerdo con lo previsto en el Reglamento de Formalización de la Propiedad, aprobado por D.S. N° 013-99-MTC, y el Reglamento del Título I de la Ley de Formalización, aprobado por D.S.

dentro de los diez (10) días hábiles siguientes de producida la caducidad, el sujeto activo de la expropiación solicita al Registro de Predios la cancelación de la anotación preventiva de inicio del procedimiento de expropiación, bajo responsabilidad; también puede solicitar la cancelación de la anotación preventiva el sujeto pasivo.

21.9 Titulación a favor de los beneficiarios

Los predios expropiados conforme a esta Ley se adjudican a título oneroso a favor de los beneficiarios. El título de adjudicación contiene una cláusula inscribible en el Registro de Predios que asegure el reembolso al Estado del pago efectuado por concepto de indemnización justipreciada que corresponde a cada predio.

21.10 Ingresos obtenidos por la adjudicación de predios

Los recursos que se obtienen como resultado de las acciones de adjudicación de los predios referidos en el numeral 21.9, constituyen recursos del Tesoro Público.

21.11 Procedimiento especial

El procedimiento regulado en este artículo es de naturaleza especial, resultando aplicable de manera supletoria las disposiciones de la Ley N° 27117, Ley General de Expropiaciones, en todo lo que no se le oponga.

Para el trámite del procedimiento especial previsto en este artículo, exceptúase de manera expresa la aplicación de los artículos 3; 10, numerales 10.2 y 10.3; y 23 de la Ley N° 27117, Ley General de Expropiaciones”.

Nº 006-2006-VIVIENDA, salvo en los siguientes supuestos en los que resulta aplicable el presente Reglamento:

17.1 Tratamiento de contingencias: En los casos de lotes abandonados, titulares ausentes y falta de documentos, el Estado conservará la titularidad de los lotes, suspendiéndose su titulación hasta que los interesados acrediten su posesión efectiva sobre éstos. En este caso, los interesados asumirán, además del pago del justiprecio correspondiente a su predio, el costo de formalización;

17.2 Existencia de títulos a favor de los poseedores: Si durante la calificación se identificara la existencia de documentos de transferencia emitidos por otras entidades estatales anteriormente competentes en materia de saneamiento físico legal en los que el Estado no regularizó su propiedad, estos serán merituados como documentos probatorios de posesión a fin de cumplir con los requisitos previstos para la adjudicación de los lotes”.

En todo lo no previsto en el mencionado Reglamento se aplicará supletoriamente, y siempre que corresponda, las normas contenidas en la Ley Nº 27117 - Ley General de Expropiaciones, el Decreto Legislativo Nº 803, complementado por la Ley Nº 27046, Decreto Supremo Nº 009-99-MTC, Decreto Supremo Nº 013-99-MTC, Decreto Supremo Nº 039-2000-MTC, Decreto Supremo Nº 006-2006-VIVIENDA y demás normas y directivas complementarias y conexas.

La Ley Nº 29320 y las posesiones consolidadas

La Ley Nº 29320, que modificó el art. 21 de la Ley Nº 28687, mereció muchas críticas por su supuesta inconstitucionalidad. Sobre este particular, una de las posiciones que suscribimos es la de Parra Puentes que analiza el tema del modo siguiente:

“La reciente promulgación por el Poder Ejecutivo de la Ley Nº 29320 - Ley que modifica el artículo 21 de la Ley Nº 28687, ha generado una serie de opiniones jurídicas que pretenden demostrar su inconstitucionalidad, recurriendo –varias de ellas– a argumentos de carácter histórico que confirmarían el hecho de que el artículo 70 de la Constitución Política del Perú no ha recogido al ‘interés social’ como causal de expropiación. Pero realmente, ¿es necesario recurrir a argumentos de este tipo para analizar los alcances del artículo 70 constitucional y su congruencia con lo dispuesto por la Ley Nº 29320? Consideramos que no. Sabemos que el método literal de interpretación resulta el primer camino a seguir para interpretar los alcances de una norma. Debemos conocer qué es lo que propiamente dice el texto del mencionado artículo 70 y lo que dice es que a nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley.

Por tanto, el texto constitucional ha dispuesto que es la ley la que declara cuándo estamos ante una necesidad pública que amerita recurrir a la expropiación. Sobre este tema, las opiniones jurídicas a las que hemos hecho mención han omitido señalar que desde el año 2003 existe una ley que declaró como causa de necesidad pública, a efectos de expropiación, el saneamiento físico legal de determinados espacios urbanizados. Estamos hablando del inciso 6 del artículo 96 de la Ley Nº 27972 - Ley Orgánica de Municipalidades (LOM). ¿Quiénes resultan beneficiarios del saneamiento físico legal de inmuebles? ¿El Estado? No. Evidentemente, son los ocupantes de dichos inmuebles.

Un reconocido jurista preguntaba '¿Puede expropiarse terrenos de particulares para luego adjudicarlos a quienes los copan informalmente?' A partir de la LOM, sí.

Si desde el año 2003 la LOM ya había definido el saneamiento físico legal de inmuebles como causa de necesidad pública para expropiación, ¿resulta esta norma inconstitucional? No. El Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia (sentencias recaídas en el Exp. N° 0689-2000-AC, en el Exp. No. 0046-2004-PI/TC, entre otros) ha reconocido a la LOM como parte del denominado 'bloque de constitucionalidad'.

Los alcances del artículo 21 de la Ley N° 28687 (vigente desde el año 2006) modificado por la Ley N° 29320 se ciñen a lo dispuesto por el mencionado inciso 6 del artículo 96 de la LOM, constituyendo en todo caso, su desarrollo⁽¹⁶¹⁾.

Suscribimos estos comentarios porque es cierto que la causa de necesidad pública ya estaba contemplada en la LOM desde el 2003 y la redacción del inc. 6 del art. 96 no deja dudas: "El saneamiento físico-legal de espacios urbanizados que hayan sido ocupados por acciones de hecho y sin posibilidad real de restablecimiento del estado anterior", lo que se llama también ocupaciones consolidadas, que es precisamente lo que desarrolla el art. 21 de la Ley N° 28687.

La Ley N° 30025 - Ley que regula la expropiación para la ejecución de obras de infraestructura

La Ley N° 30025 (publicada el 23/05/2013) tiene por objeto establecer medidas que faciliten el procedimiento de adquisición, expropiación y posesión de bienes inmuebles que se requieren para la ejecución de obras de infraestructura declaradas de necesidad pública, interés nacional, seguridad nacional y/o de gran envergadura, así como de las obras de infraestructura concesionadas o entregadas al Sector Privado a través de cualquier otra modalidad de asociación público-privada.

La expropiación de los bienes inmuebles que se requieren para la ejecución de obras de infraestructura señaladas en el párrafo precedente, por causas de seguridad nacional o necesidad pública, es autorizada por ley, de conformidad con lo establecido en el artículo 70 de la Constitución Política del Perú y en la Ley N° 27117, Ley General de Expropiaciones.

Al hablar de obras de infraestructura se entiende que comprenden proyectos de inversión, contratos de concesión o cualquier otra modalidad de asociación público-privada.

A efectos de la presente Ley, el sujeto activo de la expropiación es el ministerio competente del sector, el gobierno regional o el gobierno local al cual pertenece la obra de infraestructura, según corresponda. En lo no regulado se aplicará las disposiciones de la Ley N° 27117 - Ley General de Expropiaciones.

La Ley N° 30025 ha merecido algunas críticas como la efectuada por Germán Alarco Tosoni:

(161) PARRA PUENTE, Víctor Hugo. "Sobre argucias y expropiaciones". <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:bLzwZF7EEJsJ:grupoestudiosjuridicos.blogspot.com/2009/03/sobre-argucias-y-expropiaciones.html+TRIBUNAL+CONSTITUCIONAL+ley+29320&cd=9&hl=es-419&ct=clnk&gl=pe>>.

“Hay elementos interesantes, pero contiene muchos otros cuestionables que merecen ser analizados y corregidos con la mayor brevedad posible.

La Ley se inicia mal al establecer dos conceptos nuevos como causales de expropiación no previstos en el artículo 70 de la Constitución Política: obras de infraestructura de interés nacional y/o de gran envergadura. En esta solo se prevé los argumentos de seguridad nacional o necesidad pública. Al respecto, no se entiende por qué una obra de infraestructura de gran envergadura que beneficie a particulares, podría afectar el derecho de propiedad de privados. ¿Acaso por ser más grande la necesidad pública es mayor que el de las obras pequeñas? En la Constitución de 1979 se hablaba como causales la necesidad y utilidad públicas o de interés social. ¿Quién y cómo se define ahora el interés nacional o las obras de gran envergadura?

El segundo tema discutible es que a diferencia de la Ley de Expropiación de 1999 en que el único beneficiario era el Estado, ahora pueden ser los titulares de concesiones o cualquier modalidad de asociación pública-privada (APP). Al respecto, no se debe olvidar que en cualquier APP, sea autofinanciable o cofinanciada (que requiere subsidios del gobierno), el socio privado obtiene una rentabilidad superior o igual a la del mercado. La necesidad pública se mediría como aportación al bienestar social, pero en este caso también habría beneficios privados que deberían compensar a los afectados de una expropiación. Si hay lucro de una parte, ¿por qué el afectado no podría exigir una parte del beneficio o una sobrecompensación por el mayor beneficio de la otra?

La ley tiene muchas otras perlas. La entrega de posesión provisoria en cualquier estado del proceso de expropiación es una violación de los procedimientos de defensa del afectado. La valoración de una propiedad está a cargo del Ministerio de Vivienda desde 2007. ¿Acaso no hay problema de juez y parte? La imposición práctica del arbitraje no es poco equitativa frente a pequeños propietarios. Asimismo, el derecho de propiedad privada se puede vulnerar cuando se declara la necesidad pública para un conjunto de proyectos sin evaluación previa, caso por caso. Aquí se mencionan 69 proyectos específicos, cuyas superficies y linderos serán especificados por normas de menor rango. En fin, el Congreso de la República debe reflexionar y recordar que el antecedente de esta norma fue la Ley N° 29339 de 2009, que validó diversos decretos de urgencia del gobierno anterior⁽¹⁶²⁾.

Luis Peschiera, por su parte y desde otra óptica, refiere que la Ley N° 30025 “acelerará de uno a dos años los procesos de expropiación. Así, cuando no haya un

(162) ALARCO TOSONI, Germán. *¿Ley de expropiación anticonstitucional?* <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:QaywFx-CY2kJ:pacasmayo08.blogspot.com/2013/06/ley-de-expropiacion-anticonstitucional.html+ley+30025&cd=4&hl=es-419&ct=clnk&gl=pe>>.

La referida Ley N° 29339 (publicada el 01/04/2009) declara de necesidad pública la expropiación de los bienes inmuebles de dominio privado adyacentes o necesarios para la ejecución de los proyectos de inversión que se realicen durante el bienio 2009-2010 que, en la fecha de publicación de la presente ley, se encuentren determinados en el Decreto de Urgencia N° 047-2008 y en el Decreto de Urgencia N° 010-2009, que declara de necesidad nacional y ejecución prioritaria diversos proyectos de inversión pública en el contexto de la crisis financiera internacional; y que tuvo como sujetos activos a los ministerios a los que compete la ejecución de los proyectos de inversión objeto de la mencionada ley.

acuerdo entre el afectado y el Estado, el proceso irá a un arbitraje antes de que vaya a juicio. El arbitraje demora máximo un año, mientras un juicio toma entre dos a tres años. Si se llega a juicio, la ley permite la posesión anticipada del Estado sin esperar el fallo⁽¹⁶³⁾. Otro beneficio que el mencionado especialista destaca de la Ley es que permitirá mayor compensaciones a los propietarios pues además del valor comercial del inmueble, el Estado reconocerá un lucro cesante por los ingresos que se dejarían de recibir en caso de que el dueño realice actividad comercial.

Si bien las regulaciones de excepción pretenden solucionar algunos temas concretos, como los ocupantes de posesiones informales consolidadas (en el caso del art. 21 de la Ley N° 28687) o acelerar las inversiones de proyectos considerados importantes para el país (caso de la Ley N° 30025), en el ámbito de lo pendiente, subsiste el tema de la reserva de ley para la expropiación en todos los casos que requiera ejecutar la municipalidad. En diversos congresos nacionales de los gobiernos locales se demanda la restitución a las municipalidades de su facultad expropiatoria, cuyos fundamentos los resume Hildebrando Castro Pozo en los siguientes términos: “Desde todo punto de vista no se justifica el recorte a las municipalidades de la facultad para disponer de las expropiaciones requeridas por sus planes y proyectos. Se utiliza mucho tiempo en trámites y gestiones para, como en el caso de la Municipalidad Provincial de Huancayo disponerse la expropiación de 200.00 m², para ejecutar un pequeño proyecto de servicios higiénicos. Esto no tiene sentido. En realidad, la facultad expropiatoria a favor de las municipalidades requiere ser ampliada más allá de los términos puntuales que contenía el artículo que comentamos de la Ley Orgánica de Municipalidades: renovación urbana, destugurizaciones, planes de ordenación urbana, etc., cuidando que se utilicen criterios razonables y justos para determinarse la correspondiente indemnización justipreciada⁽¹⁶⁴⁾.”

Algunos casos resueltos por el TC

- Caso en el cual se vulnera la propiedad por el uso de un terreno privado por parte de la municipalidad para la ejecución de un terreno, sin que se haya recurrido al procedimiento de expropiación. El TC en la STC Exp. N° 03258-2010-AA/TC, declara fundada la demanda de amparo por vulneración del derecho de propiedad, pero establece algunas consideraciones que deben tenerse en cuenta para casos similares:

“20. Consecuentemente, a pesar de acreditarse la violación del derecho de propiedad del demandante, como consta en autos, ya se ha procedido con la construcción del proyecto u obra denominado Defensa ribereña-margen derecha del río Shocol, del sector Milpuc, Rodríguez de Mendoza.

21. Por lo mismo, el Tribunal Constitucional estima que, a la fecha de vista, tal afectación ha devenido en irreparable. Sin embargo, y al margen de ello, este Colegiado considera que corresponde aplicar el segundo párrafo del artículo 1 del Código Procesal Constitucional, no con el objeto de reponer las cosas al estado anterior a la violación, lo cual resulta materialmente imposible, sino con el propósito de evitar que las autoridades emplazadas vuelvan a realizar

(163) Diario *Perú* 21, del 23 de julio del 2013.

(164) CASTRO POZO DÍAZ, Hildebrando. *Ley Orgánica de Municipalidades. Concordada y comentada*. Ipadel, 1993, p. 184.

obras y/o proyectos que afecten la propiedad de los pobladores, y sin realizar el procedimiento de expropiación conforme a la Constitución y la ley.

22. Sin perjuicio de la irreparabilidad anotada, el Tribunal Constitucional estima que estando acreditada de forma inequívoca la violación irreparable de la que fue víctima el actor con relación a su derecho de propiedad, tiene derecho –en virtud del artículo 70 de la Constitución– a reconocérsele el pago de una indemnización justipreciada, cuyo monto deberá ser determinado en la vía ordinaria y en la forma legal que corresponda.

23. Lo anterior se ve corroborado con la declaración del actor, que consta a fojas 352 de autos, relativa a la obtención de una indemnización o beneficio económico producto de la vulneración de su derecho de propiedad, lo cual resulta legítimo. Sin embargo, en tanto el objeto del proceso constitucional no es cuantificar montos indemnizatorios, no es esta la vía en la que corresponde atender tal pretensión, razón por la cual se deja a salvo el derecho del actor para que lo haga valer, en todo caso, en la vía y la forma legal que corresponda”.

- Caso en el cual se demanda el pago del justiprecio por una expropiación realizada en el año 1968, luego de que en 1998 se haya solicitado la formalización del proceso administrativo conducente a la expedición de la mencionada resolución. En la STC Exp. N° 00864-2009-AA/TC declara fundada la demanda considerando que:

“33. Sin embargo, el último acto administrativo que correspondía se incumplió. No existió la emisión de la resolución de expropiación, hecho que acarrea una clara vulneración al derecho a la propiedad constitucionalmente reconocida, y que si bien es un derecho con límites, dentro de los cuales se encuentra la expropiación, esta solo se puede considerar como razonable mientras se realice dentro de los parámetros normativos existentes, los cuales no han sido respetados por el órgano administrativo en cuanto a la finalización del acto administrativo que consistía en el pago del justiprecio.

34. En términos formales, el bien materia de la expropiación en la práctica está siendo poseído por el Estado. Es por ello que este Colegiado considera como aceptable la pretensión planteada a fin de que el trámite de expropiación quede consumado, más aún si la actuación del MTC se presenta como una clara vulneración a los fines asignados al Estado, como son ‘garantizar la plena vigencia de los derechos humanos’ y ‘promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación’ (artículo 44 de la Constitución), situación irregular que busca ser revertida a través de la presente sentencia.

35. Por todas estas consideraciones, este Colegiado considera que la demanda debe ser declarada fundada y que el MTC está en la obligación de emitir la resolución respectiva en el procedimiento de expropiación que incluya un pago específico de un justiprecio por el inmueble expropiado, más aún si el paso de más de cuarenta años ha sido excesivo para la tutela de un derecho fundamental”.

TÍTULO VII

LOS PLANES DE DESARROLLO MUNICIPAL CONCERTADOS Y LOS ÓRGANOS DE COORDINACIÓN

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

ARTÍCULO 97.- PLAN DE DESARROLLO MUNICIPAL CONCERTADO

Basándose en los Planes de Desarrollo Municipal Distritales Concertados y sus Presupuestos Participativos, el Consejo de Coordinación Local Provincial procede a coordinar, concertar y proponer el Plan de Desarrollo Municipal Provincial Concertado y su Presupuesto Participativo, el cual luego de aprobado es elevado al Consejo de Coordinación Regional para su integración a todos los planes de desarrollo municipal provincial concertados de la región y la formulación del Plan de Desarrollo Regional Concertado.

Estos planes deben responder fundamentalmente a los principios de participación, transparencia, gestión moderna y rendición de cuentas, inclusión, eficacia, eficiencia, equidad, sostenibilidad, imparcialidad y neutralidad, subsidiaridad, consistencia de las políticas locales, especialización de las funciones, competitividad e integración.

Los planes de desarrollo municipal concertados y sus presupuestos participativos tienen un carácter orientador de la inversión, asignación y ejecución de los recursos municipales. Son aprobados por los respectivos concejos municipales.

Las municipalidades promueven, apoyan y reglamentan la participación vecinal en el desarrollo local, conforme al artículo 197 de la Constitución.

CONCORDANCIAS:

Const.	Art. 197
Ley N° 27972	Arts. 7, 9, 107:6)
Ley N° 27783	Arts. 18, 19, 20
Ley N° 28056	Art. 1
D.S. N° 142-2009-EF	Art. 1



COMENTARIO

La Ley N° 27783 - Ley de Bases de la Descentralización, en sus arts. 18, 19 y 20, determina los siguientes lineamientos sobre planes de desarrollo y presupuestos:

Planes de desarrollo

- El Poder Ejecutivo elabora y aprueba los planes nacionales y sectoriales de desarrollo, teniendo en cuenta la visión y orientaciones nacionales y los planes de desarrollo de nivel regional y local, que garanticen la estabilidad macroeconómica.
- Los planes y presupuestos participativos son de carácter territorial y expresan los aportes e intervenciones tanto del Sector Público como Privado, de las sociedades regionales y locales y de la cooperación internacional.
- La planificación y promoción del desarrollo debe propender y optimizar las inversiones con iniciativa privada, la inversión pública con participación de la comunidad y la competitividad a todo nivel.

Presupuesto nacional y descentralizado

- El presupuesto anual de la República es descentralizado y participativo. Se formula y aprueba conforme a la Constitución y las normas presupuestarias vigentes, distinguiendo los tres niveles de gobierno. Los gobiernos regionales y locales aprueban su presupuesto de acuerdo a la Ley de Gestión Presupuestaria del Estado y demás normativa correspondiente.
- El Ministerio de Economía y Finanzas dictará en forma anual las directivas que regulan la programación, formulación, aprobación, ejecución, evaluación y control de los presupuestos, respetando las competencias de cada nivel de gobierno, en el marco del Sistema Nacional de Inversión Pública, que se desarrollará y descentralizará progresivamente en el ámbito regional y local.

Presupuesto regionales y locales

- Los gobiernos regionales y locales se sustentan y rigen por presupuestos participativos anuales como instrumentos de administración y gestión, los que se formulan y ejecutan conforme a ley, y en concordancia con los planes de desarrollo concertados.
- Los presupuestos de inversión se elaboran y ejecutan en función de los planes de desarrollo y programas de inversiones debidamente concertados conforme a lo previsto en la Ley de Bases de la Descentralización, sujetándose a las normas técnicas del Sistema Nacional de Inversión Pública.
- Los presupuestos operativos se financian con los ingresos propios, y complementariamente con los recursos transferidos dentro de los límites establecidos en la ley.

Hay que concordar este artículo con el art. IX de la LOM, que establece: "El proceso de planeación local es integral, permanente y participativo, articulando a las municipalidades con sus vecinos. En dicho proceso se establecen las políticas públicas de nivel local, teniendo en cuenta las competencias y funciones específicas exclusivas y compartidas establecidas para las municipalidades provinciales y distritales. El sistema de planificación tiene como principios la participación ciudadana a través de sus vecinos y organizaciones vecinales, transparencia, gestión moderna y rendición de cuentas, inclusión, eficiencia, eficacia, equidad, imparcialidad y neutralidad, subsidiariedad,

consistencia con las políticas nacionales, especialización de las funciones, competitividad e integración”.

Base normativa de los presupuestos participativos

Los presupuestos participativos se rigen, además de lo dispuesto por la LOM y la Ley de Bases de la Descentralización, por la Ley N° 28056 - Ley Marco del Presupuesto Participativo y su Reglamento aprobado por el D.S. N° 142-2009-EF y los instructivos que año a año aprueba el Ministerio de Economía y Finanzas. Adicionalmente, los gobiernos locales deben aprobar las ordenanzas correspondientes, con el objeto de adecuar las normas nacionales a la realidad propia de su jurisdicción.

El presupuesto participativo es una institución que propugna esencialmente la participación ciudadana en el planeamiento de las acciones del gobierno local. La Ley N° 28056, lo define como:

“El proceso del presupuesto participativo es un mecanismo de asignación equitativa, racional, eficiente, eficaz y transparente de los recursos públicos, que fortalece las relaciones Estado - Sociedad Civil. Para ello los gobiernos regionales y gobiernos locales promueven el desarrollo de mecanismos y estrategias de participación en la programación de sus presupuestos, así como en la vigilancia y fiscalización de la gestión de los recursos públicos”.

Este artículo de la LOM y lo regulado en la Ley N° 28056 marcan una radical diferencia en el tratamiento de los planes de desarrollo respecto de la tradición legislativa municipal. Se trata en el fondo de una acción coordinada entre las municipalidades distritales, provincial y el respectivo gobierno regional, con la finalidad de unificar los criterios de desarrollo provinciales con la región. Es una suma de propósitos que deben dar unidad y coherencia a las políticas de desarrollo a nivel nacional.

Por disposición de este artículo, el Plan de Desarrollo Regional Concertado se basa en el Plan de Desarrollo Provincial Concertado, y este a su vez sobre los Planes de Desarrollo Distrital concertados y los respectivos presupuestos participativos.

“Todo un cambio –anota Céspedes Zavaleta– con respecto a las políticas presupuestales y de planificación que se realizaban en el país, lo constituye la participación de la ciudadanía en la formulación de los planes de desarrollo y los presupuestos a nivel nacional, regional y local, incluyendo los mecanismos de control y fiscalización que planten algunas innovaciones como la dependencia funcional y orgánica del auditor interno del Gobierno Regional y Local que dependerán directamente de la Contraloría General de la República, y la obligación de esta última de adoptar una estructura descentralizada para el mejor ejercicio de sus funciones de control. (...) Desde esta óptica descentralista surge un cambio de dirección en la elaboración de los planes de desarrollo para los distintos niveles territoriales: si antes los planes locales y regionales se reducían a aplicar los planes nacionales en su ámbito territorial, ahora los nacionales deben formularse, en buena parte, para apoyar las iniciativas y programas contenidos en varias regiones y localidades. Es decir la planificación a nivel sectorial se reconduce a una planificación que surge y se sustenta en el nivel territorial”⁽¹⁶⁵⁾.

(165) CÉSPEDES ZAVALETA, Adolfo. *Derecho Regional: Normativa esencial del proceso de descentralización peruano*. Vol. I, Jaime Campodónico/Editor, Lima, 2005, pp. 186 y 187.

La Red Participa Perú publicó el documento *Presupuesto Participativo: Agenda Pendiente. Lecciones aprendidas y recomendaciones*⁽¹⁶⁶⁾, uno de los más completos sobre el tema, por lo que recomendamos ampliamente su revisión. De dicho trabajo, reseñamos algunos de los puntos más importantes, que nos permiten tener una idea cabal de la institución y, sobre todo, aplicar las recomendaciones al momento de abordar sus presupuestos participativos correspondientes:

“3. Limitaciones o dificultades de los procesos de Presupuesto Participativo en el Perú

3.1. Limitaciones de carácter nacional

- Los marcos normativos nacionales, siendo aceptables en un sentido general, lamentablemente ponen barreras a la participación ciudadana en los CCR y en los CCL.

Establecen que la composición de estas instancias sea con la participación de la sociedad civil en un orden del 40 % del total de los integrantes. Además exigen formalidades no vigentes en muchas localidades para acreditar representantes, particularmente en el sector rural. Más aún reducen su actuación a dos reuniones ordinarias por año.

- En el caso del cumplimiento de los acuerdos adoptados durante el proceso de presupuesto participativo, las normas muestran ambigüedad respecto al necesario carácter vinculante. En este marco, algunas autoridades desconocen los acuerdos, reemplazando algunos proyectos por otros, sin coordinación alguna con los agentes participantes, generando malestar y desconfianza.

Lamentablemente las normas no prevén sanciones en este caso. Por lo general, las intervenciones de la Defensoría del Pueblo y de la Contraloría General de la República no muestran mayor éxito en la resolución de los problemas creados.

- Las etapas y pasos establecidos en el Instructivo del MEF resultan inaplicables en algunos de sus aspectos en los municipios rurales.

Nos referimos a los gobiernos locales que cuentan con escasa y dispersa población, pocas organizaciones sociales y recursos humanos calificados.

Es cada vez más evidente que esta metodología no es la más adecuada para las zonas rurales, donde las iniciativas de planificación comunitaria deberían ser recogidas como mecanismos previos a la priorización y aprobación de los proyectos a ser financiados a nivel distrital y provincial.

(166) Documento elaborado por el Colectivo Interinstitucional del Presupuesto Participativo, integrado por: Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), Ministerio de la Mujer y Desarrollo (MIMDES / FONCODES), Consejo Nacional de Descentralización-CND, Defensoría del Pueblo, Mesa de Concertación para la lucha contra la Pobreza (MCLCP), Asociación de Comunicadores Sociales CALANDRIA, Asociación Nacional de Centros de Investigación, Promoción Social y Desarrollo (ANC), CARE Perú - FORTALECE, Cooperación, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia -UNICEF, Fondo de las Naciones Unidas para la Mujer - UNIFEM, Grupo Propuesta Ciudadana, Programa Pro Descentralización PRODES - USAID, Proyecto Participa Perú, Red de Municipalidades Rurales del Perú - REMUPE, Red Perú de Iniciativas de Concertación para el Desarrollo Local. En: <http://propuestaciudadana.org.pe/red/apc-aa/archivos-aa/068d5099c088d67686280321657b29ee/_20_Presupuesto_Participativo___Agenda_Pendiente.pdf>.

- El sistema de información nacional sobre los procesos del Presupuesto Participativo es aún limitado. Adicionalmente no se cuenta con indicadores para medir los progresos en los procesos, así como en sus efectos e impactos. Esto a su vez impide la necesaria sistematización y evaluación de las experiencias, sobre todo de las innovadoras, para identificar las lecciones del caso de manera oportuna.
- La vigencia de presupuestos anuales genera cierta inestabilidad e incertidumbre en los procesos de presupuesto participativo. Existen pocas experiencias de proyectos multianuales que se hayan ejecutado así.
- Existen algunas dificultades en la asignación presupuestal para las regiones y gobiernos locales. Es notorio el desequilibrio de ingresos que ocurre entre algunas municipalidades de la zona urbana con la rural, de zonas urbanas con municipalidades distantes de la amazonía y de la sierra.

Por otro lado, emerge una gran inequidad entre municipalidades y gobiernos regionales beneficiados con el canon en zonas extractivas, con otras que no tienen estos recursos.

- La Contraloría General de la República no apoya de manera efectiva los procesos de Presupuesto Participativo. Asimismo, el Congreso de la República del Perú no ejerce su potestad fiscalizadora respecto al cumplimiento de la normativa relacionada con el Presupuesto Participativo, particularmente que el cien por ciento de los ingresos destinados a la inversión se canalicen vía el proceso participativo del Presupuesto Participativo.
- Tanto la formulación como la difusión de políticas públicas nacionales es escasa, lo que dificulta la articulación y coherencia entre las prioridades regionales y locales con las prioridades de inversión a escala nacional. El no funcionamiento del sistema nacional de planeamiento estratégico y del Centro Nacional de Planeamiento Estratégico (CEPLAN), también incide negativamente.

3.2. Limitaciones de carácter regional y local

- Es evidente que un número significativo de gobiernos regionales como locales no cuentan con habilidades para impulsar de manera creativa y eficiente las visiones, los objetivos de desarrollo y los acuerdos del presupuesto participativo. Este es un factor limitante al que se suma, en no pocos casos, la escasa voluntad política de las autoridades y la debilidad de la sociedad civil, tanto en su institucionalidad como en sus capacidades de propuesta.
- Una limitación importante es la existencia de numerosos Planes de Desarrollo Concertado, que habiendo sido formulados participativamente, no constituyen en la realidad instrumentos de gestión que comprometan a los diversos actores, públicos y privados de la circunscripción.

En materia de planeamiento, se está procediendo a la revisión anual de actualización de los PDC, lo que genera incertidumbre y dificultades.

También existen debilidades en la búsqueda de articular los PDC y los Presupuestos Participativos entre los niveles de distrito, provincia y región. Igualmente, para adecuar las metodologías a sus propias realidades y, en reducir las barreras para facilitar el acceso a la información de interés público.

En el caso de la aprobación de proyectos relacionados con el desarrollo social y humano, muchos de ellos no se ejecutan, debido a la falta de expedientes técnicos. A su vez es reflejo de las débiles capacidades para elaborarlos.

- Es aún minoritaria la cantidad de gobiernos regionales y locales que formulan de manera explícita políticas regionales y locales sobre los procesos de los Presupuestos Participativos, precisando objetivos y prioridades en el marco de las políticas nacionales y regionales.

Se observan pocas iniciativas de las autoridades para promover y fortalecer los CCR y los CCL, reforzando la participación ciudadana; así como para fomentar el fortalecimiento institucional de las organizaciones de la sociedad civil en calidad de soporte y actores claves de los procesos participativos.

Las acciones para promover la participación de los sectores excluidos tales como mujeres, jóvenes, niños, niñas y adolescentes, comunidades indígenas, etc., todavía son limitadas. De manera similar, las inversiones en el desarrollo de capacidades de los agentes participantes.

- Los sectores públicos a nivel regional y local cuando participan lo hacen más como demandantes de recursos; aún no aportan recursos para el financiamiento de los proyectos a priorizarse, ni se ajustan a los procesos de planeamiento concertado.
- Las iniciativas de vigilancia social, siendo crecientes, en su mayor parte son experiencias que no están dando los resultados esperados, debido al débil compromiso de los integrantes de los comités de vigilancia, la falta de claridad en sus roles, la debilidad institucional, el escaso apoyo de los propios gobiernos regionales y locales, entre otros.
- La falta de vinculación del proceso de presupuesto participativo con el funcionamiento de los Consejos Regionales y Concejos Municipales constituye también otra limitante, pues no vincula a sus integrantes –presidentes(as) y consejeros(as) regionales, alcaldes(as) y regidores(as)– con los procesos del Presupuesto Participativo ni con los acuerdos que de este se deriven.

3.3. Limitaciones relacionadas con las organizaciones de la sociedad civil

Al lado de los avances que se registran, debe señalarse la existencia de una situación de dispersión y de crisis de representación social, las cuales son más notorias cuando mayor es la escala de intervención.

- Los procesos de Presupuesto Participativo muestran que cuando se llega a niveles provinciales y regionales, los espacios de representación de la sociedad civil son mínimos.

Son pocas las organizaciones de niveles de provincia y más escasas las de nivel regional, realmente existentes. Todo esto incide negativamente sobre los CCR y los CCL.

Asimismo, no pocas organizaciones de la sociedad civil priorizan sus intereses particulares, alejándose de las visiones de conjunto y de la corresponsabilidad que promueve el Presupuesto Participativo.

Dado que quienes intervienen en los procesos de presupuesto participativo son denominados ‘agentes participantes’ es necesario clarificar cómo debería ser la relación entre estos y los CCR o CCL.

- Es aún poca la experiencia y el manejo sobre enfoques como el de igualdad de oportunidades de género.

Debe señalarse que las experiencias de los Presupuestos Participativos, siendo una oportunidad de movilización de la población, de diálogo y concertación con el Estado y para incorporar intereses en las prioridades de las políticas de gasto social, no necesariamente recogen en todos los casos ni los intereses, ni percepciones, ni la capacidad de decisión de las mujeres y de los más pobres. Esto es lo que ha motivado algunas iniciativas locales y regionales de experiencias de Presupuesto Participativo sensibles al género, por ejemplo.

- Los representantes de las organizaciones de la sociedad civil ante los CCR y CCL, así como los agentes participantes en el proceso, muestran escasa representación y representatividad. Suelen no dar cuenta de su gestión a sus organizaciones, mientras que un sector muestra también limitaciones en sus capacidades de propuesta.

Además existen organizaciones de la sociedad civil que prefieren no involucrarse en los procesos de Presupuesto Participativo y tratan que las autoridades prioricen sus propuestas a través de relaciones clientelistas.

Se refleja así la fragilidad institucional de la población y otros factores; situación que se complica con la falta de renovación en las dirigencias sociales”.

Partiendo de las limitaciones antes indicadas, es recomendable que los gobiernos locales, así como los agentes participantes incorporan mecanismos de corrección de acuerdo con sus particulares circunstancias.

Otro aspecto que también es necesario resaltar son las recomendaciones para los gobiernos locales, que el mencionado documento contiene:

“5. Recomendaciones

(...)

5.3. Para los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales

a) Establecer de manera concertada políticas públicas regionales y locales, especialmente provinciales, sobre el Presupuesto Participativo

- Precisando objetivos y prioridades con relación a los principales enfoques como el desarrollo humano, género, ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y adolescentes, intergeneracional, interculturalidad y otros, que deben orientar las inversiones a la búsqueda de una mayor equidad.
- Incorporar experimentalmente los principales rubros de gastos corrientes a los procesos participativos.
- Aprobar ordenanzas sobre los procesos de Presupuesto Participativo de naturaleza multianual, a fin de generar estabilidad y certidumbre sobre las reglas de juego.

b) En el ejercicio de su autonomía política y administrativa, fortalecer a los CCR y a los CCL como verdaderos órganos de concertación e instancias de liderazgo del desarrollo

- Hacerlo sobre la base de la revisión de su composición, flexibilización de los requisitos de inscripción de las organizaciones y la ampliación del número de sesiones.
- Afirmar a estos espacios como componente fundamental de la institucionalidad democrática descentralizada.

c) Promover la participación en los procesos de PDC y Presupuesto Participativo mediante el fortalecimiento de las organizaciones de la sociedad civil

- Propiciar la mejora de la representación y representatividad de las organizaciones de la sociedad civil, como canales de expresión de los derechos y deberes ciudadanos de la población para intervenir en la identificación, priorización y asignación de recursos de la inversión pública.
- La promoción de la participación ciudadana debe flexibilizar los requisitos y poner atención sobre los sectores que por lo general están ausentes o intervienen poco, particularmente la población indígena, comunidades campesinas, mujeres y jóvenes, organización de niños, niñas y adolescentes, organizaciones empresariales, organizaciones políticas (partidos, alianzas políticas).
- Deben incluirse criterios de interculturalidad y de género como dimensiones transversales.

d) Promover el ejercicio pleno de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, utilizando criterios de priorización acordes con la generalidad regional y local

- Se trata de superar las lógicas asistencialistas y paternalistas, incorporándolos como agentes participantes y tomando en cuenta sus propias expectativas.
- En este propósito aprovechar el Plan Nacional de Acción por la Infancia y Adolescencia que prioriza objetivos relacionados con la salud, educación, participación ciudadana y la protección del ejercicio de sus derechos. Coherente con ello, priorizar proyectos relacionados con registros de nacimientos e identidad, atención de neonatos menores a 29 días, control de profesores y alumnos en la educación pública, vigilancia y control del agua para consumo humano y otros.

e) Promover plenamente el enfoque de género en los Presupuestos Participativos

- Superar la perspectiva meramente técnica que incorpora la palabra género en los planes y programas, sin variar los dogmas ni visiones que están en la base de las relaciones de poder entre los sexos.
- Es recomendable en este sentido, un enfoque político de género, en el que la perspectiva de justicia demuestra ser la más adecuada, en su múltiple acepción, tanto aquella de reconocimiento a las mujeres como sujetos y actoras

sociales con igualdad de derechos y oportunidades, como de redistribución, para encarar las injusticias socioeconómicas que existen y que marginan a mujeres y hombres en razón del género, raza, etnia, ciclo vital, zona geográfica, etc.

f) Evaluar y actualizar los PDC cada cuatro años, coincidiendo con los periodos de gestión de autoridades regionales y locales

- Liderar los procesos de articulación y complementariedades de los Presupuestos Participativos regionales con los locales (provinciales y distritales), considerando criterios temáticos y territoriales.
- Garantizar y preservar la coherencia de las propuestas de proyectos con los objetivos estratégicos de los PDC, hecho que debe ser recogido por los criterios de priorización.
- Promover la articulación de los Presupuestos Participativos de los distintos niveles de gobierno a través de un cronograma con plazos apropiados, permitiendo que el nivel distrital eleve los presupuestos al nivel provincial y este, al nivel regional.

g) Promover espacios de participación de programas de la cooperación internacional

- Mediante la formulación de agendas de inversión local y regional implementadas a través de los procesos del Presupuesto Participativo. Serían estrategias orientadas a diversificar las fuentes financieras y a generar múltiples opciones de inversión frente a los limitados presupuestos públicos.

h) Concertar planes de adecuación de los procesos metodológicos, de desarrollo de capacidades y asistencia técnica, a la burocracia pública (con base en la oferta pública y privada) de información y difusión, cofinanciamiento de proyectos y de monitoreo, evaluación y sistematización de experiencias para identificar las lecciones que aportan la práctica de los procesos participativos, de acuerdo con las particularidades territoriales e institucionales

- Intensificar las facilidades de acceso de los ciudadanos a la información de interés público, el desarrollo de capacidades y asistencia técnica a las organizaciones de la sociedad civil. Se trata de superar el déficit de conocimientos, habilidades y destrezas.
- Facilitar el apoyo logístico indispensable para que la ciudadanía ejerza su derecho de vigilancia social. Concertar para tal efecto, alianzas con iniciativas de la sociedad civil.

i) Mejorar las metodologías y los contenidos de los espacios de rendición de cuentas

- Colocando como agenda central, el balance de la gestión con la mayor objetividad y sinceridad posible –con sus avances y dificultades–, fijando los correctivos del caso y definiendo los nuevos compromisos.

- Facilitar las condiciones para el ejercicio autónomo por la sociedad civil de su derecho a la vigilancia social, mejorando sus instrumentos, desde una perspectiva de corresponsabilidad.

j) Fortalecer las capacidades de gerencia de los gobiernos locales

- De tal manera que se facilite una buena articulación de los PDC con los Presupuestos Participativos desde los distintos niveles de gobierno descentralista.
- Promover especialmente el desarrollo territorial de los ámbitos rurales con enfoques de desarrollo humano.

k) Es necesario mejorar las condiciones de vida de las localidades urbano-rurales, preferentemente de las ciudades intermedias

- Sería a partir de esquemas de concertación que posibiliten la movilización de recursos locales, nacionales y de la cooperación para generar empleo, mejorar ingresos, así como dotar de infraestructura básica para el desarrollo a efectos de elevar los niveles de competitividad y la acumulación de activos.

5.4. Para las Organizaciones de la Sociedad Civil

a) Promover iniciativas de fortalecimiento de las organizaciones de la sociedad civil para mejorar la calidad de su participación

- Ampliando y mejorando su representación y representatividad, dando así consistencia a los CCR y a los CCL a nivel distrital y provincial.
- Contribuir a generar la igualdad de oportunidades para la participación, con una metodología intercultural y enfoque de género en la construcción de los consensos del Presupuesto Participativo.
- Dando aplicación a los PDC que recogen los problemas, oportunidades y demandas ciudadanas, respecto a un mejor futuro común, concertado y acorde a los principios básicos.

b) Fomentar la institucionalización de los procesos de Presupuesto Participativo, para reducir los márgenes de riesgo de que estos dependan de la discreción y voluntad política de las autoridades

- Fortalecer la participación ciudadana con la práctica de tres elementos esenciales en la construcción de ciudadanía: el sentido de pertenencia o de identidad con el territorio, la participación activa de los ciudadanos que habitan un territorio y, la garantía de facilitar el acceso a ciertos beneficios a través del Presupuesto Participativo, como consecuencia del ejercicio del derecho de participar.
- Enfatizar particularmente, la participación de los partidos políticos, las universidades, organizaciones empresariales productivas, las iglesias y, las organizaciones de mujeres y jóvenes.

c) Fortalecer la intervención ciudadana de la población en el ámbito de lo público desde las agendas locales y regionales con enfoques de género y territoriales

- Fomentar espacios y mecanismos de participación social que permitan a la población reconocerse como ciudadanos(as), identificarse y asociarse con los demás a partir de sus propios intereses, expectativas y demandas.

- Asumir la responsabilidad de promover la intervención de agentes participantes con la mayor representación y representatividad posibles y con capacidades de propuestas.
 - Se trata de dinamizar los procesos y crear las condiciones necesarias para que los representantes de la sociedad civil ante los CCL, los equipos técnicos y otras instancias cívicas, rindan cuenta de su actuación.
- d) Fortalecer la formación ciudadana, teniendo como eje medular la formación y capacitación de los actores en los enfoques, temas, metodologías e instrumentos de la planeación del desarrollo local y regional**
- Además de revisar la ruta que sigue el presupuesto público; brindar información que amplía la visión de la población respecto a cuestiones que parecen muy complejas para la mayoría.
 - Equilibrar la formación política democrática con la formación instrumental. Esto es indispensable para asegurar la eficiencia y el éxito de los procesos participativos de gestión del desarrollo.
- e) Afirmar la corresponsabilidad ciudadana, como reconocimiento del grado de compromiso de la población en la solución de los problemas que afectan sus condiciones y calidad de vida**
- Buscar la mayor consistencia y coherencia posibles entre los planes de desarrollo territorial, la gestión presupuestaria y el equilibrio entre derechos y deberes.
 - Esta corresponsabilidad, debiera incluir un compromiso de aporte a la implementación de los PDC y del Presupuesto Participativo como instrumentos de gestión. Implica inversiones de cofinanciamiento con la consiguiente rendición de cuentas sobre las obligaciones asumidas.
- f) Promover un código de ética de la participación, sobre la base de los principios y valores alusivos al desarrollo y gobernabilidad democrática**
- Equidad en el acceso a los recursos, igualdad en las oportunidades, solidaridad, veracidad.
 - Transparencia, lucha contra la corrupción, rendición de cuentas y rotación en los cargos de representación.
 - Lealtad, tolerancia, trabajo en equipo, pluralidad en la participación.
 - Identidad territorial evitando localismos de todo tipo, entre otros.
- g) Fortalecer la generación de condiciones en los canales de diálogo, proposición y defensa eficiente de atención a las necesidades identificadas, planteadas y gestionadas por las y los integrantes de las organizaciones de la sociedad civil**
- Promover el desarrollo de las capacidades, de las potencialidades asociativas y de los nuevos liderazgos.
 - Alentar las coordinaciones interinstitucionales para la articulación del tejido social.

- Fomentar el liderazgo de los sistemas de participación y concertación regional y local, por parte de las y los actores de la sociedad civil.
- h) Promover que los mismos actores elaboren sus propios planes orientadores de su protagonismo en los procesos participativos (PDC y Presupuesto Participativo)**
- Desarrollando previamente sus capacidades, plasmando la dimensión social en estos instrumentos de planificación, priorizando sus iniciativas y que estas respondan a las verdaderas necesidades locales.
 - Ya en el proceso propio del Presupuesto Participativo, deben consolidarse estos mecanismos abiertos con la presencia de la sociedad civil en la toma de decisiones, en sus definiciones de prioridades, así como en la identificación y análisis técnico de las propuestas.
- i) Incorporar en estos procesos concertados (PDC y Presupuesto Participativo) a los partidos y organizaciones políticas**
- Se buscaría así fortalecer la gobernabilidad y democracia representativa, al mismo tiempo, incrementar las prácticas de ciudadanía responsable.
- j) Fomentar el debate programático y los consensos entre candidatos durante los procesos electorales**
- Alentar la suscripción de acuerdos de gobernabilidad en torno al Presupuesto Participativo y otras prioridades para el periodo venidero; de tal manera que se construyan políticas públicas de continuidad”.

CAPÍTULO II

CONSEJO DE COORDINACIÓN LOCAL PROVINCIAL

ARTÍCULO 98.- DEFINICIÓN Y COMPOSICIÓN

El Consejo de Coordinación Local Provincial es un órgano de coordinación y concertación de las Municipalidades Provinciales. Está integrado por el Alcalde Provincial que lo preside, pudiendo delegar tal función en el Teniente Alcalde, y los regidores provinciales; por los Alcaldes Distritales de la respectiva jurisdicción provincial y por los representantes de las organizaciones sociales de base, comunidades campesinas y nativas, asociaciones, organizaciones de productores, gremios empresariales, profesionales, universidades, juntas vecinales y cualquier otra forma de organización de nivel provincial, con las funciones y atribuciones que le señala la presente Ley.

La proporción de los representantes de la sociedad civil será del 40 % (cuarenta por ciento) del número que resulte de la sumatoria del total de miembros del respectivo Concejo Municipal Provincial y la totalidad de los Alcaldes Distritales de la jurisdicción provincial que corresponda.

Los representantes de la sociedad civil son elegidos democráticamente, por un periodo de 2 (dos) años, de entre los delegados legalmente acreditados de las organizaciones de nivel provincial, que se hayan inscrito en el registro que abrirá para tal efecto la Municipalidad Provincial, siempre y cuando acrediten personería jurídica y un mínimo de 3 (tres) años de actividad institucional comprobada. La elección de representantes será supervisada por el organismo electoral correspondiente.

Una misma organización o componente de ella no puede acreditarse simultáneamente a nivel provincial y distrital.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Arts. 7, 73, 111, 112, 113

ARTÍCULO 99.- INSTALACIÓN Y SESIONES

Para la instalación y funcionamiento del Consejo de Coordinación Local Provincial se requiere de la asistencia de la mitad más uno de sus miembros. La ausencia de acuerdos

por consenso no impide al Concejo Municipal Provincial decidir lo pertinente. La asistencia de los alcaldes es obligatoria e indelegable.

El Consejo de Coordinación Local Provincial se reúne ordinariamente dos veces al año y en forma extraordinaria cuando lo convoque el Alcalde Provincial. En sesión ordinaria, una vez al año, se reúne para integrar los planes distritales y coordinar, concertar y proponer el Plan de Desarrollo Municipal Provincial Concertado y el Presupuesto Participativo Provincial.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Arts. 4, 97, 98

ARTÍCULO 100.- FUNCIONES

Corresponde al Consejo de Coordinación Local Provincial:

1. Coordinar y concertar el Plan de Desarrollo Municipal Provincial Concertado y el Presupuesto Participativo Provincial.
2. Proponer las prioridades en las inversiones de infraestructura de envergadura regional.
3. Proponer proyectos de cofinanciación de obras de infraestructura y de servicios públicos locales.
4. Promover la formación de Fondos de Inversión como estímulo a la inversión privada en apoyo del desarrollo económico local sostenible.
5. Otras que le encargue o solicite el Concejo Municipal Provincial.

El Consejo de Coordinación Local Provincial no ejerce funciones ni actos de gobierno.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Arts. 36, 96, 97

Ley N° 28056 Arts. 1, 2, 8

ARTÍCULO 101.- REGLAMENTO DEL CONSEJO

El Consejo de Coordinación Local Provincial se rige por Reglamento aprobado por Ordenanza Provincial, durante el primer semestre de su funcionamiento, a propuesta del Consejo de Coordinación Local Provincial.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Arts. 98, 99, 100



COMENTARIO

El art. 7 de la LOM señala que son órganos de coordinación de los gobiernos locales: 1. El Consejo de Coordinación Local Provincial; 2. El Consejo de Coordinación Local Distrital; y 3. La Junta de Delegados Vecinales.

El art. 73 de la LOM señala como competencia de los gobiernos locales en materia de participación vecinal “5.1. Promover, apoyar y reglamentar la participación vecinal en el desarrollo local”.

Los arts. 111, 112 y 113 de la LOM establecen mecanismos de participación y control específicos.

Los arts. 7, 98 y 102 establecen la obligatoriedad para los gobiernos locales, provinciales y distritales, la conformación del Consejo de Coordinación Local correspondiente.

El Consejo de Coordinación Local es uno de los mecanismos que busca institucionalizar la participación ciudadana en la gestión y desarrollo local. La Ley lo define como un órgano de coordinación y consulta en el nivel municipal para las tareas que demanden los planes de desarrollo concertado y los presupuestos participativos, y para promover la formación de Fondos de estímulo a la inversión privada en apoyo del desarrollo económico local sostenible. No ejerce funciones ni actos de gobierno.

Los gobiernos locales deben emitir una ordenanza que regule los Consejos de Coordinación Local, pudiendo basarse en la propuesta de ordenanza marco que la Red Participa Perú ha elaborado y publicado⁽¹⁶⁷⁾.

La Red Participa Perú valora como muy importantes los roles asignados al Consejo de Coordinación Local, por dos motivos:

- Actúan como órganos del gobierno regional y local para la consulta, coordinación y concertación con la sociedad civil sobre políticas públicas de elaboración e identificación de las necesidades del desarrollo y la asignación presupuestal.
- Promueven la articulación de los planes de desarrollo y de los Presupuestos Participativos, lo que viene ocurriendo ya en muchos gobiernos regionales y locales, con diversos grados de organización y consolidación⁽¹⁶⁸⁾.

El mencionado documento precisa que: “A través de su participación en el CCL, las organizaciones de la sociedad civil debemos contribuir a que se conformen y amplíen los espacios y mecanismos de consulta, concertación, control, evaluación, rendición de cuentas, de los gobiernos Municipales.

El **Plan de Desarrollo Concertado** es resultado del proceso integral, permanente, participativo de planeación local a través del cual se articula cada municipalidad con sus vecinos. En dicho proceso se establecen las políticas públicas de nivel local,

(167) En: <<http://www.congreso.gob.pe/historico/cip/temas/descentralizacion/pdf/04A01.pdf>>.

(168) Documento elaborado por el Colectivo Interinstitucional del Presupuesto Participativo, integrado por: Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), Ministerio de la Mujer y Desarrollo (MIMDES / FONCODES), Consejo Nacional de Descentralización-CND, Defensoría del Pueblo, Mesa de Concertación para la lucha contra la Pobreza (MCLCP), Asociación de Comunicadores Sociales CALANDRIA, Asociación Nacional de Centros de Investigación, Promoción Social y Desarrollo (ANC), CARE Perú - FORTALECE, Cooperación, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia -UNICEF, Fondo de las Naciones Unidas para la Mujer - UNIFEM, Grupo Propuesta Ciudadana, Programa Pro Descentralización PRODES - USAID, Proyecto Participa Perú, Red de Municipalidades Rurales del Perú - REMUPE, Red Perú de Iniciativas de Concertación para el Desarrollo Local. En: <http://propuestaciudadana.org.pe/red/apc-aa/archivos-aa/068d5099c088d67686280321657b29ee/_20__Presupuesto_Participativo___Agenda_Pendiente.pdf>.

teniendo en cuenta las competencias y funciones específicas exclusivas y compartidas establecidas para las municipalidades provinciales y distritales y los compromisos para su implementación (Ley Orgánica Municipal. Título preliminar art. 9).

El **Presupuesto Participativo** se sustenta en las orientaciones, compromisos, aportes y prioridades establecidas en el Plan de Desarrollo Concertado. Debe ser expresión de la efectiva participación de la sociedad civil en el proceso de asignación equitativa, racional, eficiente, eficaz y transparente de los recursos públicos para cada ejercicio presupuestal, fortaleciendo las relaciones Estado - Sociedad Civil (Ley Marco de Presupuesto participativo arts. 1 y 5).

Si revisamos las funciones que la ley le asigna (art. 100 de la LOM), al Consejo de Coordinación Local, le corresponde un papel trascendente en la gestión municipal, pero a la par existen también grandes riesgos, ya que los Consejos de Coordinación Local, que son los llamados a coordinar y concertar el Plan de Desarrollo Local, proponiendo las prioridades en las inversiones de infraestructura, pueden convertirse en lugar de órganos de coordinación y consenso en órganos de confrontación, donde los grupos o partidos políticos opositores busquen trabar los planes de trabajo del Alcalde. Por tanto, es necesario que el gobierno local haga uso de dos medidas complementarias:

Primero, es que es de competencia del órgano electoral, que los representantes de la sociedad civil sean tales, ya que la LOM no fija reglas claras respecto del mecanismo de control con estos fines, aunque existen ciertos parámetros a tener en cuenta: a) que la elección sea democrática; b) que la representación es por dos años, c) que se encuentren inscritos en el Registro de la municipalidad, y d) que tengan personería jurídica y tres años de actividad institucional comprobada. Estos criterios deben ser tenidos en cuenta, a efectos de lograr una verdadera representación de la sociedad civil; sin dejar de cuestionar la exigencia de personería jurídica, lo que en la práctica se entiende que deben estar formalmente registradas, lo que deja fuera de acción a varias organizaciones no inscritas y que sin embargo mantienen una actividad permanente por más de tres años, lo que ameritaría una modificación legal en el sentido indicado.

Segundo, que el alcalde haga respetar lo dispuesto en el art. 99 de la LOM, que dispone que la ausencia de acuerdo por consenso no impide al Concejo decidir lo pertinente; y poner en práctica también el art. 100 de la LOM, que precisa que los Consejos de Coordinación Local no ejercen funciones ni actos de gobierno.

Finalmente, un problema que ya ha sido advertido en otros ámbitos, lo constituye el número de reuniones que fija la LOM. “Los CCL tienen como función principal la formulación de planes concertados y presupuestos participativos. Sin embargo, como en las regiones, se limita su funcionamiento a dos sesiones anuales, desconociendo el carácter procesal de la concertación. Y no se establecen normas para la elección de los representantes de la sociedad civil, dejando en libertad a las municipalidades para establecer reglamentos propios, lo que multiplicará los problemas que ya hoy enfrenta el proceso de constitución de los CCR⁽¹⁶⁹⁾.”

(169) PARTICIPA PERÚ. *La Nueva Ley Orgánica de Municipalidades: participación ciudadana*. En: <www.participaperu.org.pe>.

CAPÍTULO III

CONSEJO DE COORDINACIÓN LOCAL DISTRITAL

ARTÍCULO 102.- DEFINICIÓN Y COMPOSICIÓN

El Consejo de Coordinación Local Distrital es un órgano de coordinación y concertación de las Municipalidades Distritales. Está integrado por el Alcalde Distrital que lo preside, pudiendo delegar tal función en el Teniente Alcalde, y los regidores distritales; por los Alcaldes de Centros Poblados de la respectiva jurisdicción distrital y por los representantes de las organizaciones sociales de base, comunidades campesinas y nativas, asociaciones, organizaciones de productores, gremios empresariales, juntas vecinales y cualquier otra forma de organización de nivel distrital, con las funciones y atribuciones que le señala la presente Ley.

La proporción de los representantes de la sociedad civil será del 40 % (cuarenta por ciento) del número que resulte de la sumatoria del total de miembros del respectivo Concejo Municipal Distrital y la totalidad de los Alcaldes de Centros Poblados de la jurisdicción distrital que corresponda. En el caso de jurisdicciones municipales que no cuenten con municipalidades de centros poblados o su número sea inferior al 40 % del número legal de miembros del respectivo concejo municipal distrital, la representación de la sociedad civil será del 40 % sobre dicho número legal.

Los representantes de la sociedad civil son elegidos democráticamente, por un período de 2 (dos) años, de entre los delegados legalmente acreditados de las organizaciones de nivel distrital, que se hayan inscrito en el registro que abrirá para tal efecto la Municipalidad Distrital, siempre y cuando acrediten personería jurídica y un mínimo de 3 (tres) años de actividad institucional comprobada. La elección de representantes será supervisada por el organismo electoral correspondiente.

Una misma organización o componente de ella no puede acreditarse simultáneamente a nivel provincial y distrital.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Arts. 7, 103, 104, 105

ARTÍCULO 103.- INSTALACIÓN Y SESIONES

Para la instalación y funcionamiento del Consejo de Coordinación Local Distrital se requiere de la asistencia de la mitad más uno de sus miembros. La ausencia de acuerdos por consenso no impide al Concejo Municipal Distrital decidir lo pertinente. La asistencia de los alcaldes es obligatoria e indelegable.

El Consejo de Coordinación Local Distrital se reúne ordinariamente dos veces al año y en forma extraordinaria cuando lo convoque el Alcalde Distrital. En sesión ordinaria, una vez al año, se reúne para coordinar, concertar y proponer el Plan de Desarrollo Municipal Distrital Concertado y el Presupuesto Participativo Distrital.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Arts. 4, 17, 97, 102

ARTÍCULO 104.- FUNCIONES

Corresponde al Consejo de Coordinación Local Distrital:

1. Coordinar y concertar el Plan de Desarrollo Municipal Distrital Concertado y el Presupuesto Participativo Distrital.
2. Proponer la elaboración de proyectos de inversión y de servicios públicos locales.
3. Proponer convenios de cooperación distrital para la prestación de servicios públicos.
4. Promover la formación de Fondos de Inversión como estímulo a la inversión privada en apoyo del desarrollo económico local sostenible.
5. Otras que le encargue o solicite el Concejo Municipal Distrital.

El Consejo de Coordinación Local Distrital no ejerce funciones ni actos de gobierno.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Arts. 36, 86, 97

Ley N° 28056 Arts. 1, 2, 8

ARTÍCULO 105.- REGLAMENTO DEL CONSEJO

El Consejo de Coordinación Local Distrital se rige por Reglamento aprobado por Ordenanza Distrital, durante el primer trimestre de su funcionamiento, a propuesta del Consejo de Coordinación Local Distrital.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Arts. 102, 103, 104



COMENTARIO

Sobre el Consejo de Coordinación Local Distrital, nos remitimos a lo expuesto en el capítulo del Consejo de Coordinación Local Provincial.

CAPÍTULO IV

LA JUNTA DE DELEGADOS VECINALES COMUNALES

ARTÍCULO 106.- DEFINICIÓN Y COMPOSICIÓN

La junta de delegados vecinales comunales es el órgano de coordinación integrado por los representantes de las agrupaciones urbanas y rurales que integran el distrito dentro de la provincia y que están organizadas, principalmente, como juntas vecinales.

Asimismo, está integrada por las organizaciones sociales de base, vecinales o comunales, las comunidades nativas, respetando su autonomía y evitando cualquier injerencia que pudiera influir en sus decisiones, y por los vecinos que representan a las organizaciones sociales de la jurisdicción que promueven el desarrollo local y la participación vecinal, para cuyo efecto las municipalidades regulan su participación, de conformidad con el artículo 197 de la Constitución Política del Estado.

CONCORDANCIAS:

Const. Art. 197
Ley N° 27972 Art. 7

ARTÍCULO 107.- FUNCIONES

La Junta de Delegados Vecinales Comunales tiene entre sus funciones:

1. Concertar y proponer las prioridades de gasto e inversión dentro del distrito y los centros poblados.
2. Proponer las políticas de salubridad.
3. Apoyar la seguridad ciudadana por ejecutarse en el distrito.
4. Apoyar el mejoramiento de la calidad de los servicios públicos locales y la ejecución de obras municipales.
5. Organizar los torneos y competencias vecinales y escolares del distrito en el ámbito deportivo y en el cultural.
6. Fiscalizar la ejecución de los planes de desarrollo municipal.
7. Las demás que le delegue la municipalidad distrital.

El primer regidor de la municipalidad distrital la convoca y preside. El alcalde podrá asistir a las sesiones, en cuyo caso la presidirá.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Arts. 80, 85, 97

ARTÍCULO 108.- SESIONES

La Junta de Delegados Vecinales Comunes se reunirá, en forma ordinaria, cuatro veces al año. Podrá ser convocada en forma extraordinaria por el primer regidor del distrito o por no menos del 25 % (veinticinco por ciento) de los delegados vecinales.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Arts. 7, 106

ARTÍCULO 109.- DELEGADO VECINAL

El delegado vecinal comunal es elegido, en forma directa, por los vecinos del área urbana o rural a la que representan. Tiene como función representar a su comunidad ante la Junta de Delegados Vecinales por el periodo de un año y velar por el cumplimiento de los acuerdos que se adopten en ella.

Para ser elegido delegado vecinal comunal se requiere ser ciudadano en ejercicio y tener su residencia en el área urbana o rural a la que representa. Su ejercicio no constituye función pública, ni genera incompatibilidad alguna.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Arts. 106, 110

ARTÍCULO 110.- REGULACIÓN

La constitución y delimitación de las Juntas Vecinales Comunes, el número de sus delegados, así como la forma de su elección y revocatoria, serán establecidos mediante ordenanza de la respectiva municipalidad distrital.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Art. 7, 106, 107, 108, 109



COMENTARIO

De conformidad con el art. 7 de la LOM son órganos de coordinación de los gobiernos locales: 1. El Consejo de Coordinación Local Provincial; 2. El Consejo de Coordinación Local Distrital; y 3. La Junta de Delegados Vecinales.

Las Juntas de Delegados Vecinales Comunes se organizan en torno a las municipalidades distritales, y su constitución, delimitación, el número de delegados, así como la forma de su elección y revocatoria son fijados mediante un reglamento formalizado vía ordenanza municipal correspondiente. Su naturaleza, tal como su nombre lo indica, es eminentemente comunal y vecinal, estando integrada por las organizaciones sociales de base, vecinales o comunales, las comunidades nativas y por los vecinos que representan a las organizaciones sociales que promueven el desarrollo local y la participación vecinal.

De conformidad con la última parte del art. 7 de la LOM, la junta es un mecanismo de participación ciudadana que tiene como finalidad la permanente comunicación entre la población y las autoridades municipales. Asimismo, de este dispositivo nace en forma implícita, la obligación de una permanente comunicación que deben tener los representantes con las organizaciones de base que los eligieron.

Otra limitación que impone la LOM es evitar la injerencia política o de cualquier otro tipo, situación que es difícil de controlar, pero quizá ayude a ello fiscalizar para que la elección de los representantes sea verdaderamente democrática, con candidatos que representen la voluntad vecinal.

TÍTULO VIII

LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN Y CONTROL VECINAL

CAPÍTULO I

DISPOSICIÓN GENERAL

ARTÍCULO 111.- PARTICIPACIÓN Y CONTROL VECINAL

Los vecinos de una circunscripción municipal intervienen en forma individual o colectiva en la gestión administrativa y de gobierno municipal a través de mecanismos de participación vecinal y del ejercicio de derechos políticos, de conformidad con la Constitución y la respectiva ley de la materia.

CONCORDANCIAS:

Const.	Arts. 31, 197
Ley N° 27972	Art. 112
Ley N° 27783	Art. 17
Ley N° 26300	Arts. 2, 3, 7



COMENTARIO

¿Qué se entiende por participación ciudadana, vecinal o popular? “Cuando se habla de participación popular en la gestión municipal es necesario tener en cuenta que no se trata de una dádiva de la autoridad a la población, que no se trata, tampoco, que la sociedad civil ponga el trabajo y los recursos para cumplir los planes y objetivos de una autoridad externa y burocrática. Se trata más bien de cogestionar el desarrollo local, guardando la autonomía e independencia de cada uno de los actores de un proyecto común”⁽¹⁷⁰⁾.

En ese sentido, cuando hablamos de participación ciudadana se busca que la población tenga reales cuotas de poder. Por tanto, cada municipalidad deberá garantizar la participación de la población para el ejercicio de los derechos dispuestos en la LOM y establecer mecanismos, de acuerdo a sus particularidades, que garanticen que la población participe en la planificación, evaluación, ejecución y control de los proyectos municipales. Si la participación se extingue o se reduce a una expresión formal, los

(170) OLIVERA CÁRDENAS, Luis. “Una manera democrática de gobernar”. En: *Hacia un nuevo gobierno municipal: la participación popular*. Compilación: Patricia Iturregui Byrne y Jorge Zavaleta Alegre, Asociación Regional de Alcaldes Distritales del Sur, Lima, 1988, p. 33.

gobiernos locales se convertirán en reductos burocráticos, incapaces de generar escenarios de desarrollo local integral, para viabilizar el crecimiento económico, la justicia social y la sostenibilidad ambiental, a que se refiere el art. X de la LOM.

Sin embargo, si bien la participación es necesaria porque ella representa una democracia real y no solo representativa, es sustancial aclarar algo que a veces se olvida en los estudios y referencias del tema, que ella no está exenta de problemas graves en su ejecución, debido a la acción e intencionalidad política de algunos actores sociales. Un ejemplo paradigmático y reciente, es la revocatoria a la alcaldesa de Lima en el 2013.

En esta línea, señala Luis Chirinos:

“La consecuencia de este descuido, es que el concepto de participación se ha rodeado de un aura de romanticismo idealista. De allí la importancia de precisar algunos puntos que permitan desmitificar el concepto. Algunas proposiciones que contribuyen a esta desmitificación y a situarlo en condiciones históricas específicas son las siguientes:

- a) La participación no es un asunto fácil. Por el contrario, se trata de una de las cuestiones más complejas de la política, no solo por la diversidad de significados que se le atribuyen, sino sobre todo porque a diferencia de lo que se sostiene corrientemente, no existe una vocación natural e innata de la ciudadanía por participar en la gestión gubernamental. Históricamente en el Perú, la experiencia política indica que los intentos de participación e incluso de formulación de demandas y protestas se han tratado de ahogar e incluso recurriendo a la represión.
- b) Por tanto, no parece ser evidente que existe una demanda intensa, generalizada y permanente de la ciudadanía por participar en la gestión gubernamental y los asuntos públicos en general. De allí la importancia de entender que es preciso estimular e incentivar la propensión de la ciudadanía a participar.
- c) La participación ciudadana no es solo individual: es también colectiva. En una sociedad realmente democrática, la participación individual a través del derecho al voto, implica el derecho de elegir a las autoridades políticas. Pero esta forma de ejercicio es limitada desde que, en una sociedad compleja de masas, surge una gran diversidad de intereses que se articulan y organizan en torno de instancias de representación social a través de las cuales defienden sus derechos e intereses, y exigen participación al gobierno local.
- d) Salvo quienes poseen una conciencia ideológica desarrollada, la ciudadanía no participa en la gestión del gobierno local por la mera satisfacción de hacerlo o por su valor simbólico, sino porque lo percibe como un medio para alcanzar un conjunto de beneficios concretos y tangibles que mejoren sus condiciones de vida. La gente no participa por participar, sino en la medida que a través de ella alcanza objetivos individuales y colectivos.
- e) La participación no es gratuita y por tanto, algo sencilla para la ciudadanía. La participación ciudadana tiene costos inmediatos y mediatos, tanto a nivel individual como colectivo. De este modo, la decisión de participar tiene que ver con la perspectiva y la posibilidad de minimizar o solventar tales costos, y obtener ganancias netas.

- f) La participación supone enfrentar un conflicto de intereses en dos dimensiones: de un lado, el conflicto que se desprende de la pluralidad y diversidad de intereses legítimos al interior de la ciudadanía; y del otro, el conflicto entre la autoridad que para ser participativa debe desprenderse de parte de su poder para compartirlo, y la ciudadanía. En este nivel la raíz del conflicto por lo general radica en la resistencia del propio gobierno local. Por ello, la participación asume diversas formas de expresión: la confrontación abierta, la negociación, la concertación, los procesos formales de toma de decisiones, etc. El conflicto es un rasgo constitutivo de la participación, especialmente en ciudades excluyentes.
- g) Las autoridades políticas que aspiran a construir gobiernos locales democráticos y participativos deben formular e implementar políticas explícitas que incrementen la propensión a la participación de los ciudadanos⁽¹⁷¹⁾.

De lo que se desprende que la participación ciudadana en el Perú, pese a los réditos políticos que su alusión conlleva, y al entusiasmo con que es abordada en los diferentes niveles, no es una fórmula acabada, sino un proceso por el cual, vía la educación política, se irá integrando al ciudadano en la toma de decisiones de carácter local.

Por tanto, los gobiernos locales deben hacer un permanente análisis de la exigencias de la población, de los programas y opiniones que plantean las distintas agrupaciones (sindicatos, asociaciones civiles y profesionales, partidos políticos, etc.), que le permitan abrir canales de diálogo con los vecinos sociales a fin de captar lo que esperan del gobierno local.

(171) CHIRINOS SEGURA, Luis. Ob. cit., p. 5.

CAPÍTULO II

LA PARTICIPACIÓN DE LOS VECINOS EN EL GOBIERNO LOCAL

ARTÍCULO 112.- PARTICIPACIÓN VECINAL

Los gobiernos locales promueven la participación vecinal en la formulación, debate y concertación de sus planes de desarrollo, presupuesto y gestión.
Para tal fin deberá garantizarse el acceso de todos los vecinos a la información.

CONCORDANCIAS:

Const. Arts. 31, 197
Ley N° 27972 Arts. 9:34, 111
Ley N° 27783 Art. 17



COMENTARIO

La base constitucional de la participación ciudadana se encuentra en el art. 31 de la Constitución de 1993: “Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas. Tienen también el derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica. Es derecho y deber de los vecinos participar en el gobierno municipal de su jurisdicción. La ley norma y promueve los mecanismos directos e indirectos de su participación. Tienen derecho al voto los ciudadanos en goce de su capacidad civil. Para el ejercicio de este derecho se requiere estar inscrito en el registro correspondiente. El voto es personal, igual, libre, secreto y obligatorio hasta los setenta años. Es facultativo después de esa edad. La ley establece los mecanismos para garantizar la neutralidad estatal durante los procesos electorales y de participación ciudadana. Es nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos”⁽¹⁷²⁾.

(172) Artículo modificado por Ley N° 28480, publicada el 30 de marzo de 2005. Antes de la reforma, este artículo tuvo el siguiente texto: “**Artículo 31.**- Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas. Tienen también el derecho de ser elegidos y de elegir

Analizando dicho artículo, Bernales ha escrito: "(...) el artículo transcrito debe leerse conjuntamente con el inc. 17 del art. 2 de la Constitución, que establece que toda persona tiene derecho a participar, en forma individual o asociada, en la vida política de la Nación y que los ciudadanos tienen conforme a ley, los derechos de elección de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum. Las normas de este artículo, y las del 31, se superponen parcialmente. Al propio tiempo es de destacar que no son las del artículo 31 las únicas formas de participar en política. Las formas asociativas están desarrolladas en el art. 35 de la Constitución"⁽¹⁷³⁾.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho consagrado en el inc. 17 del art. 2 de la LOM, además de constituir un derecho fundamental por sí mismo, es, a su vez, una garantía institucional, en la medida en que promueve el ejercicio de otros derechos fundamentales, ya en forma individual, ya en forma asociada, por lo que aquí interesa destacar (STC Exp. N° 0905-2001-AA/TC).

Ya hemos dejado señalado que la participación no se reduce a la aprobación de los presupuestos municipales. Este art. 112 de la LOM ratifica que la participación se da en la formulación, debate, concertación de sus planes de desarrollo, presupuesto y gestión. La participación, en suma, es una expresión de que los Gobiernos locales son canales inmediatos de participación vecinal y los entes públicos más cercanos a la población, tal cual lo señala el art. I del Título Preliminar de la LOM.

En ese sentido, la participación forma parte del contenido sustancial de la descentralización y uno de sus objetivos específicos. La Ley N° 27783 - Ley de Bases de la Descentralización señala que es un objetivo a nivel político de la descentralización "la participación y fiscalización de los ciudadanos en la gestión de los asuntos públicos de cada región y localidad"; un objetivo a nivel social, la "Participación ciudadana en todas sus formas de organización y control social"; y un objetivo a nivel ambiental, la "Coordinación y concertación interinstitucional y participación ciudadana en todos los niveles del Sistema Nacional de Gestión Ambiental". Asimismo, su art. 17 señala que: "17.1. Los gobiernos regionales y locales están obligados a promover la participación ciudadana en la formulación, debate y concertación de sus planes de desarrollo y presupuestos, y en la gestión pública. Para este efecto deberán garantizar el acceso de todos los ciudadanos a la información pública, con las excepciones que señala la ley, así como la conformación y funcionamiento de espacios y mecanismos de consulta, concertación, control, evaluación y rendición de cuentas. 17.2. Sin perjuicio de los

libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica. Es derecho y deber de los vecinos participar en el gobierno municipal de su jurisdicción. La ley norma y promueve los mecanismos directos e indirectos de su participación. Tienen derecho al voto los ciudadanos en goce de su capacidad civil. El voto es personal, igual, libre, secreto y obligatorio hasta los setenta años. Es facultativo después de esa edad. Es nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos".

(173) El art. 35 de la Constitución señala lo siguiente: "Los ciudadanos pueden ejercer sus derechos individualmente o a través de organizaciones políticas como partidos, movimientos o alianzas, conforme a ley. Tales organizaciones concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular. Su inscripción en el registro correspondiente les concede personalidad jurídica. La ley establece normas orientadas a asegurar el funcionamiento democrático de los partidos políticos, y la transparencia en cuanto al origen de sus recursos económicos y el acceso gratuito a los medios de comunicación social de propiedad del Estado en forma proporcional al último resultado electoral general".

derechos políticos que asisten a todos los ciudadanos de conformidad con la Constitución y la ley de la materia, la participación de los ciudadanos se canaliza a través de los espacios de consulta, coordinación, concertación y vigilancia existentes, y los que los gobiernos regionales y locales establezcan de acuerdo a ley”.

En palabras de Henry Pease, “la representación moderna no es individual ni se limita a la mediación burocrática. Supone arrancar, para los ‘de abajo’, cuotas efectivas de poder y expresa en sí misma la demanda popular de participación y autonomía”⁽¹⁷⁴⁾.

ARTÍCULO 113.- EJERCICIO DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN

El vecino de una jurisdicción municipal puede ejercer su derecho de participación vecinal en la municipalidad de su distrito y su provincia, mediante uno o más de los mecanismos siguientes:

1. Derecho de elección a cargos municipales.
2. Iniciativa en la formación de dispositivos municipales.
3. Derecho de referéndum.
4. Derecho de denunciar infracciones y de ser informado.
5. Cabildo Abierto, conforme a la ordenanza que lo regula.
6. Participación a través de Juntas Vecinales, comités de vecinos, asociaciones vecinales, organizaciones comunales, sociales u otras similares de naturaleza vecinal.
7. Comités de gestión.

CONCORDANCIAS:

Const. Art. 31
Ley N° 26300 Arts. 2, 3, 7



COMENTARIO

Este artículo prescribe los mecanismos mediante los cuales pueden los vecinos, en forma individual o colectiva, participar del gobierno local. El catálogo descrito, debe entenderse como referencial y no como los únicos medios de participación, que impidan la generación de otros mecanismos; dependiendo de las características de cada municipalidad y los niveles de participación de la población y su capacidad de organización.

Su base lo constituye el art. 31 de la Constitución, antes transcrito.

(174) PEASE GARCÍA, Henry. *Democracia Local: reflexiones y experiencias*. Lima, p. 20.

ARTÍCULO 114.- INICIATIVA EN LA FORMACIÓN DE DISPOSITIVOS MUNICIPALES

La iniciativa en la formación de dispositivos municipales es el derecho mediante el cual los vecinos plantean al gobierno local la adopción de una norma legal municipal de cumplimiento obligatorio por todos o una parte de los vecinos de la circunscripción o del propio concejo municipal. La iniciativa requiere el respaldo mediante firmas, certificadas por el RENIEC, de más del 1 % (uno por ciento) del total de electores del distrito o provincia correspondiente.

El concejo municipal, a propuesta del alcalde, aprobará las normas para el ejercicio de la iniciativa a que se refiere el presente artículo.

CONCORDANCIAS:

Const. Arts. 107, 195
Ley N° 27972 Arts. 39, 113:2
Ley N° 27783 Art. 17
Ley N° 26300 Art. 7



COMENTARIO

Este artículo se refiere al derecho de iniciativa legislativa que tienen los vecinos y está regulado en el art. 31⁽¹⁷⁵⁾ de la Constitución; que es distinta al derecho de iniciativa legislativa de los gobiernos locales, a tenor de los arts. 107 y 195⁽¹⁷⁶⁾ de la Constitución (con la modificatoria constitucional de la Ley N° 27680).

Con respecto a la iniciativa legislativa, anota Bernaldes: “La iniciativa legislativa es el acto mediante el cual se da origen al proceso de elaboración de una ley. Es por ello que existe lo que la teoría constitucional clásica reconoce como derecho de iniciativa, que –de manera general– es potestad del Presidente de la República y de los congresistas.

(175) **Constitución: Art. 31:** “Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas. Tienen también el derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica. Es derecho y deber de los vecinos participar en el gobierno municipal de su jurisdicción. La ley norma y promueve los mecanismos directos e indirectos de su participación. Tienen derecho al voto los ciudadanos en goce de su capacidad civil. Para el ejercicio de este derecho se requiere estar inscrito en el registro correspondiente. El voto es personal, igual, libre, secreto y obligatorio hasta los setenta años. Es facultativo después de esa edad. La ley establece los mecanismos para garantizar la neutralidad estatal durante los procesos electorales y de participación ciudadana. Es nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos”.

(176) **Constitución: Art. 107:** “El Presidente de la República y los Congresistas tienen derecho a iniciativa en la formación de leyes. También tienen el mismo derecho en las materias que les son propias los otros poderes del Estado, las instituciones públicas autónomas, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales y los colegios profesionales. Asimismo lo tienen los ciudadanos que ejercen el derecho de iniciativa conforme a ley”.

Art. 195: “Los gobiernos locales promueven el desarrollo y la economía local, y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo. Son competentes para: (...) 9. Presentar iniciativas legislativas en materias y asuntos de su competencia”.

Maurice Duverger sostiene que la iniciativa, en sentido estricto, consiste en el derecho de depositar un texto –de ley, de resolución, de presupuesto, etc.–, para que sea discutido y votado por el parlamento. En el constitucionalismo peruano el derecho de iniciativa se ejerce de manera ilimitada. Esto quiere decir que la presentación de una iniciativa puede referirse indistintamente a una ley nueva, a la modificación de una ley vigente, a su derogación e inclusive a la interpretación y a la reforma de la Constitución. El texto de la Carta Vigente se inscribe en este lineamiento⁽¹⁷⁷⁾.

El derecho de iniciativa legislativa en el ámbito municipal, a que se refiere el presente artículo, es el derecho que le asiste a un sector de la población electoral de una determinada jurisdicción, para proponer la aprobación de una ordenanza municipal. El requisito que señala la LOM para el ejercicio de este derecho, es el respaldo mediante firmas certificadas por el Reniec de más del 1 % del total de electores del distrito o provincia correspondiente; hay otros aspectos contenidos en la Ley N° 26300 - Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, que también deben ser tenidos en cuenta:

- a) La solicitud de iniciación del procedimiento se presenta ante la autoridad electoral acompañada de la iniciativa correspondiente y la relación de los nombres, documentos de identificación, firmas o huellas digitales de los promotores de la iniciativa, así como del domicilio común señalado para los efectos del procedimiento. Los promotores podrán designar personeros ante cada uno de los órganos electorales para presenciar y fiscalizar todos los actos del proceso.
- b) Recibida la solicitud de iniciación del procedimiento, la autoridad electoral verifica la autenticidad de las firmas y expide las constancias a que haya lugar. Corresponde al Reniec la verificación de firmas de adherentes para dar inicio a la iniciativa normativa.
- c) Cuando la verificación de las firmas y la habilitación de los suscriptores para votar en la jurisdicción electoral, en la que se ejerce la iniciativa resulte conforme a ley, la autoridad electoral emite resolución admitiendo la iniciativa ciudadana e incluyendo en ella, según corresponda, el texto del proyecto en caso de iniciativa normativa. En el caso que no se logre el número requerido, los promotores tendrán un plazo adicional de hasta treinta días para completar el número de adherentes requerido.

La Ley N° 26300, en su art. 7 señala que la iniciativa legislativa de ordenanzas municipales, será regulada por la Ley orgánica correspondiente. Este dispositivo es anterior a la Ley de municipalidades vigentes y como en la Ley Orgánica derogada - Ley N° 23853 no contenía ninguna disposición en este sentido, existía un vacío que viene a suplir este artículo de la LOM vigente.

Un tema que es importante analizar, es si la iniciativa legislativa municipal solo procede para la emisión de una nueva norma municipal, o también para la modificación, derogación e interpretación de una norma vigente. Siguiendo la posición de Bernalles, que en el Perú el derecho de iniciativa se ejerce de manera ilimitada, y con base en lo normado por este dispositivo, se infiere que ella está prevista tanto para la propuesta

(177) BERNALES, Enrique. Ob. cit., p. 445.

de una nueva norma, como también para los casos de modificación, derogación o interpretación.

La última parte de artículo encarga al Concejo Municipal, regular el derecho de iniciativa legislativa, que debe normarse vía ordenanza municipal.

ARTÍCULO 115.- DERECHO DE REFERÉNDUM

El referéndum municipal es un instrumento de participación directa del pueblo sobre asuntos de competencia municipal, mediante el cual se pronuncia con carácter decisivo, respecto a la aprobación o desaprobación de las ordenanzas municipales, excepto aquellas de naturaleza tributaria que estén de acuerdo a ley.

El referéndum municipal es convocado por el Jurado Nacional de Elecciones a través de su instancia local o regional, a pedido del concejo municipal o de vecinos que representen no menos del 20 % (veinte por ciento) del número total de electores de la provincia o el distrito, según corresponda.

El referéndum municipal se realiza dentro de los 120 (ciento veinte) días siguientes al pedido formulado por el Concejo Municipal o por los vecinos. El Jurado Electoral fija la fecha y las autoridades políticas, militares, policiales, y las demás que sean requeridas, prestan las facilidades y su concurrencia para la realización del referéndum en condiciones de normalidad.

Para que los resultados del referéndum municipal surtan efectos legales, se requiere que hayan votado válidamente por lo menos el 35 % (treinta y cinco por ciento) del total de electores de la circunscripción consultada.

El referéndum municipal obliga al concejo municipal a someterse a sus resultados y, en consecuencia, a dictar las normas necesarias para su cumplimiento. Pasados los tres años un mismo tema puede someterse a referéndum municipal por segunda vez.

CONCORDANCIAS:

Const.	Arts. 2:17), 31, 32
Ley N° 27972	Art. 113:3)
Ley N° 27783	Art. 17
Ley N° 26300	Arts. 37, 38, 39:b), 44



COMENTARIO

Los arts. 2 inc. 17 y 31 de la Constitución prescriben que los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos y tienen derecho a referéndum, y el art. 32 señala que “pueden ser sometidas a referéndum la reforma total o parcial de la Constitución, la aprobación de normas con rango de ley, las ordenanzas municipales y las materias relativas al proceso de descentralización. No pueden someterse a referéndum la supresión o la disminución de los derechos fundamentales de la persona, ni las normas de carácter tributario y presupuestal, ni los tratados internacionales en vigor”.

Hay que delimitar el referéndum en el ámbito municipal, a que se refiere este artículo, con respecto al derecho que regula la Constitución. “(...) el concepto de referéndum tiene dos sentidos en la Constitución vigente. El primero tiene que ver

con el carácter ratificatorio de un acto normativo, tal como en el caso de una reforma constitucional, de la aprobación de una norma con rango de ley y una de ordenanza municipal. Los órganos competentes aprueban la norma y la ciudadanía la ratifica, ya sea por iniciativa propia o a instancia del órgano involucrado como es el caso del Congreso de la República en materia de reformas constitucionales. El segundo tiene un carácter distinto, ya que su objeto no es ratificar una norma sino, más bien, auscultar a un sector de la población a fin de determinar si desea pertenecer a una circunscripción territorial o a otra⁽¹⁷⁸⁾.

En este caso, estamos en el primer supuesto, del referéndum como instrumento de participación directa del pueblo, sobre asuntos de competencia municipal, mediante el cual se pronuncia con carácter decisorio, respecto de la aprobación o desaprobación de las ordenanzas municipales, excepto aquellas de naturaleza tributaria que estén de acuerdo a ley.

La Ley N° 26300 - Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, regula el derechos de referéndum en sus art. 37 a 44, pero no son aplicables en el referéndum municipal; porque según el art. 7 de esta misma ley, el referéndum en el ámbito municipal se rige por lo dispuesto en su Ley Orgánica respectiva, es decir el presente artículo 115 de la LOM. Veamos las características más importantes:

- a) Es convocado por el JNE a pedido del Concejo Municipal o de los vecinos que representen no menos del 20 % del número total de electores de la provincia o distrito.
- b) El referéndum se realiza dentro de los 120 días siguientes al pedido formulado por el Concejo Municipal o los vecinos.
- c) El referéndum surte efecto si han votado válidamente por lo menos el 35 % del total de electores de la circunscripción consultada.
- d) El referéndum municipal obliga al concejo municipal a someterse a sus resultados y, en consecuencia, a dictar las normas necesarias para su cumplimiento.
- e) Pasados los tres años un mismo tema puede someterse a referéndum municipal por segunda vez.

ARTÍCULO 116.- JUNTAS VECINALES COMUNALES

Los concejos municipales, a propuesta del alcalde, de los regidores, o a petición de los vecinos, constituyen juntas vecinales, mediante convocatoria pública a elecciones; las juntas estarán encargadas de supervisar la prestación de servicios públicos locales, el cumplimiento de las normas municipales, la ejecución de obras municipales y otros servicios que se indiquen de manera precisa en la ordenanza de su creación. Las juntas

(178) WIELAND CONROY, Hubert. *El referéndum. Concepto general y regulación legal en el Perú*. <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:mkKpLb-PErEJ:revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/download/3188/3007+DEFINICION+REFERENDUM+PERU&cd=2&hl=es-419&ct=clnk&gl=pe>>.

vecinales comunales, a través de sus representantes acreditados, tendrán derecho a voz en las sesiones del concejo municipal.

El concejo municipal aprueba el reglamento de organización y funciones de las juntas vecinales comunales, donde se determinan y precisan las normas generales a que deberán someterse.

COMENTARIO

A pesar de que este artículo señala que las juntas vecinales están encargadas de supervisar la prestación de los servicios públicos locales, el cumplimiento de las normas municipales y la ejecución de obras, su papel en el ámbito de la gestión local es de mayor trascendencia.

Con total claridad, la ONU, en el documento denominado *El progreso social mediante el desarrollo de la comunidad*, establece que “La acción municipal en los barrios, se delega a las Juntas Vecinales. Ello implica pasar de la mediación burocrática a un canal efectivo para la resolución de las necesidades vecinales; lograr un órgano representativo de los vecinos, delegado por ellos para la gestión de la administración municipal y para representarlos ante los poderes políticos. Esto significa pasar del municipio control al municipio servicio, abierto a las iniciativas, urgencias, necesidades y problemas de los ciudadanos. Un municipio que cobre fuerza desde abajo y no desde arriba y que potencie la participación ciudadana a través de las organizaciones cívicas emergentes de la comunidad”.

El objetivo de una junta de vecinos es, entonces, elevar el nivel de la calidad de vida de los habitantes del barrio o sector, promoviendo la participación de todos los vecinos en la solución de los problemas que los aquejan.

Un cambio sustancial de la LOM con respecto a la ley derogada - Ley N° 23853, es que señala que las juntas vecinales se constituyen mediante convocatoria pública a elecciones, para lo cual el Concejo debe aprobar el reglamento de organización y funciones de las juntas vecinales comunales.

ARTÍCULO 117.- COMITÉS DE GESTIÓN⁽¹⁷⁹⁾

Los vecinos tienen derecho de coparticipar, a través de sus representantes, en comités de gestión establecidos por resolución municipal para la ejecución de obras y gestiones de desarrollo económico. En la resolución municipal se señalarán los aportes de la municipalidad, los vecinos y otras instituciones.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Art. 113:7)

Ley N° 27783 Art. 17

(179) Artículo modificado por el art. 2 del Decreto Supremo N° 005-2006-MIMDES, publicado el 28/06/2006.

COMENTARIO

Con respecto a los comités, el art. 81 de la Ley derogada - Ley N° 23853 prescribía que los comités comunales eran órganos consultivos y de apoyo del alcalde, creados por el Concejo correspondiente.

Los comités de gestión a que se refiere este artículo de la LOM tienen una connotación distinta, se crean para la ejecución de obras y gestiones de desarrollo económico, debiendo precisarse en la resolución municipal que los reconocen los aportes de la municipalidad, los vecinos y otras instituciones.

Este mecanismo, aunque no formalizado, ha tenido aplicación desde antes en muchas municipalidades, para el asfaltado de calles o la construcción de losas deportivas, en donde los vecinos ponían la mano de obra y la municipalidad el cemento, por ejemplo. En algunos casos, la construcción de las losas deportivas a través de este sistema, bajo el costo hasta en un 50 % de su valor real, lo que habla de la necesidad de promover esta forma de participación por parte de la población.

Puede además manejarse vía este mecanismo, algunos aspectos relacionados con los programas sociales, que manejan o que son transferidos a las municipalidades.

ARTÍCULO 118.- DERECHO DE DENUNCIAR INFRACCIONES Y A SER INFORMADO

Los vecinos tienen el derecho de formular denuncias por escrito sobre infracciones, individual o colectivamente, y la autoridad municipal tiene la obligación de dar respuesta en la misma forma en un plazo no mayor de 30 (treinta) días hábiles, bajo responsabilidad directa del funcionario, regidor o alcalde, según sea el caso, y a imponer las sanciones correspondientes o, en caso pertinente, a declarar de manera fundamentada la improcedencia de dicha denuncia.

La municipalidad establecerá mecanismos de sanción en el caso de denuncias maliciosas. El vecino tiene derecho a ser informado respecto a la gestión municipal y a solicitar la información que considere necesaria, sin expresión de causa; dicha información debe ser proporcionada, bajo responsabilidad, de conformidad con la ley en la materia.

CONCORDANCIAS:

Const.	Art. 2:20)
Ley N° 27972	Art. 113:4)
Ley N° 27783	Art. 17
Ley N° 26300	Arts. 2, 3, 7
Ley N° 27806	Arts. 3, 7, 8, 9, 10, 15

COMENTARIO

Este artículo precisa dos mecanismos participativos independientes: el derecho de formular denuncias por escrito sobre infracciones y el derecho de ser informado por la autoridad municipal respecto de la gestión municipal.

Ambos derechos comparten la naturaleza del derecho de formular denuncias y el derecho de petición, a que se refieren los arts. 105, 106, 107 y 108 de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General⁽¹⁸⁰⁾. Su efectividad dependerá de la respuesta por parte de la autoridad municipal, ya sea resolviendo las sanciones que correspondieran o declarando infundado el pedido, con expresión clara de los fundamentos de esta decisión.

Al momento de resolver las denuncias, deben seguirse las reglas, principios y garantías que establece la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General.

El derecho de información, por su parte, tiene como base el art. 2 inc. 2 de la Constitución y su ejercicio se tramitará conforme a lo estipulado por la Ley N° 27806 - Ley de Transparencia y Acceso a la Información pública.

(180) **Ley N° 27444: Artículo 105.- “Derecho a formular denuncias.** 105.1 Todo administrado está facultado para comunicar a la autoridad competente aquellos hechos que conociera contrarios al ordenamiento, sin necesidad de sustentar la afectación inmediata de algún derecho o interés legítimo, ni que por esta actuación sea considerado sujeto del procedimiento. 105.2 La comunicación debe exponer claramente la relación de los hechos, las circunstancias de tiempo, lugar y modo que permitan su constatación, la indicación de sus presuntos autores, partícipes y damnificados, el aporte de la evidencia o su descripción para que la administración proceda a su ubicación, así como cualquier otro elemento que permita su comprobación. 105.3 Su presentación obliga a practicar las diligencias preliminares necesarias y, una vez comprobada su verosimilitud, a iniciar de oficio la respectiva fiscalización. El rechazo de una denuncia debe ser motivado y comunicado al denunciante, si estuviese individualizado”.

Artículo 106.- “Derecho de petición administrativa. 106.1 Cualquier administrado, individual o colectivamente, puede promover por escrito el inicio de un procedimiento administrativo ante todas y cualesquiera de las entidades, ejerciendo el derecho de petición reconocido en el artículo 2 inciso 20) de la Constitución Política del Estado. 106.2 El derecho de petición administrativa comprende las facultades de presentar solicitudes en interés particular del administrado, de realizar solicitudes en interés general de la colectividad, de contradecir actos administrativos, las facultades de pedir informaciones, de formular consultas y de presentar solicitudes de gracia. 106.3 Este derecho implica la obligación de dar al interesado una respuesta por escrito dentro del plazo legal”.

Artículo 107.- “Solicitud en interés particular del administrado. Cualquier administrado con capacidad jurídica tiene derecho a presentarse personalmente o hacerse representar ante la autoridad administrativa, para solicitar por escrito la satisfacción de su interés legítimo, obtener la declaración, el reconocimiento u otorgamiento de un derecho, la constancia de un hecho, ejercer una facultad o formular legítima oposición”.

Artículo 108.- “Solicitud en interés general de la colectividad. 108.1 Las personas naturales o jurídicas pueden presentar petición o contradecir actos ante la autoridad administrativa competente, aduciendo el interés difuso de la sociedad. 108.2 Comprende esta facultad la posibilidad de comunicar y obtener respuesta sobre la existencia de problemas, trabas u obstáculos normativos o provenientes de prácticas administrativas que afecten el acceso a las entidades, la relación con administrados o el cumplimiento de los principios procedimentales, así como a presentar alguna sugerencia o iniciativa dirigida a mejorar la calidad de los servicios, incrementar el rendimiento o cualquier otra medida que suponga un mejor nivel de satisfacción de la sociedad respecto a los servicios públicos”.

ARTÍCULO 119.- CABILDO ABIERTO

El cabildo abierto es una instancia de consulta directa del gobierno local al pueblo, convocada con un fin específico. El concejo provincial o el distrital, mediante ordenanza reglamentará la convocatoria a cabildo abierto.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Art. 113:5)

Ley N° 27783 Art. 17

Ley N° 26300 Arts. 2, 3, 7



COMENTARIO

El cabildo es una institución de noble tradición. Mediante este mecanismo se adoptaron acuerdos históricos y fundamentales para nuestro país, citamos como ejemplos, la Declaración de Independencia del Reino Español o la Proclamación de la Intendencia de Trujillo, el 29 de diciembre de 1820.

La Ley derogada - Ley N° 23853 establecía que el cabildo se convoca en los municipios con población electoral no mayor de 3000 electores. El presente artículo no pone límite alguno, por lo que está facultada para implementarlo cualquier municipalidad.

Su característica principal es que es la autoridad la que se acerca al pueblo y no el pueblo a la autoridad como comúnmente ocurre, para informarle o consultarle un asunto específico.

Es **obligación** del gobierno local reglamentar la convocatoria a cabildo, mediante ordenanza. A este respecto, es ilustrativo reseñar la STC Exp. N° 02844-2010-PC/TC, donde se interpone demanda de cumplimiento contra la Municipalidad Distrital de Paramonga, contra su Concejo Municipal y sus integrantes (alcalde y regidores) solicitando que cumpla con dictar, promulgar y publicar la ordenanza que reglamente el cabildo abierto a que se refiere el artículo 119 de la Ley N° 27972, el que debe guardar relación con lo establecido en el Capítulo III de los Derechos de Control Vecinal de los Gobiernos Locales de la misma Ley N° 27972, en concordancia con lo establecido en sus artículos 121 y 100 al 118, referidos a la revocatoria de autoridades municipales y rendición de cuenta. Añaden que mediante Acuerdo de Concejo N° 05-08-C/MDP, de fecha 29 de febrero de 2008, se determinó conformar una comisión para la elaboración del referido reglamento y que no obstante las cartas notariales dirigidas y los pedidos de informe cursados por la Defensoría del Pueblo la demandada mantiene su renuencia a dictarlo, promulgarlo y publicarlo. El TC resuelve lo siguiente:

“5. Del análisis del artículo 119 de la Ley Orgánica de Municipalidades se aprecia claramente una norma cuya estructura denota un mandato que puede ser exigido mediante el proceso de cumplimiento, ya que palmariamente se demuestra que la Municipalidad tiene un deber legal de reglamentar dicha disposición a fin de estructurar jurídicamente los requisitos necesarios para que se realice la convocatoria del cabildo abierto. Dicha norma, entonces, contiene un mandato que cumple los requisitos establecidos en la sentencia recaída en el Expediente N° 0168-2008-PC/TC, en tanto resulta cierto, claro, vigente, de obligatorio cumplimiento, incondicional y no está sujeto a controversias interpretativas.

6. Como se aprecia, la norma no establece plazo alguno para que los Gobiernos Locales cumplan con emitir tal reglamentación. Aun cuando este Colegiado no soslaya este punto, debe tomarse en cuenta que al momento de interponerse la demanda el mandato contenido en el artículo *sub examine* ya contaba con más de seis años de vigencia (la Ley N° 27972 fue publicada el 27 de mayo de 2003), tiempo que debe ser considerado más que suficiente para que se lleve a cabo la referida regulación.

7. Respecto de la finalidad del cabildo y los mecanismos de participación y control vecinal, es importante resaltar que el artículo 1 del Título Preliminar de la Ley Orgánica de Municipalidades señala que los gobiernos locales son ‘canales inmediatos de participación vecinal en asuntos públicos’. De otro lado, no debe olvidarse que el cabildo abierto ha significado, a lo largo de nuestra historia republicana, un instrumento de legitimación de las decisiones de los Gobiernos Locales, creándose con ello un clima de paz y tranquilidad apropiado para el desarrollo de la dignidad y el desarrollo de la comunidad.

8. A nivel comparado, la Corte Constitucional de Colombia ha definido esta institución como ‘la congregación del pueblo soberano para discutir libremente, acerca de los asuntos que le interesen o afecten’ (Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana N° C-180/94.) En el ámbito nacional, debe recordarse que la derogada LOM (Ley N° 23853) regulaba esta figura –incluso de manera algo más extensa– en su artículo 83, en el que disponía que: ‘los vecinos pueden ser consultados en Cabildo Abierto, en vía ilustrativa, para que expresen su opinión sobre materias de la competencia municipal’. En cambio la vigente LOM no expone mayor referencia sobre la institución, salvo lo dicho en el artículo 119. Es decir, establece que se trata de una ‘instancia de consulta directa del gobierno local al pueblo’, al que se le convoca con un fin específico, el mismo que debe ser de relevancia para la comunidad.

9. Constituye, entonces, obligación de la municipalidad emplazada facilitar el ejercicio de los derechos de participación vecinal de los ciudadanos que viven en su circunscripción, por lo que la inactividad producida al no reglamentar el procedimiento a seguir para la convocatoria de cabildo abierto es un acto que no solo omite un mandato legal, sino que termina por vulnerar los derechos, no solo del actor, sino de todos los ciudadanos que domicilian en esa circunscripción, ya que impide un normal desarrollo del derecho de participación vecinal.

(...)

16. Con relación a la solicitud de que se dicte una sentencia que ordene a la Municipalidad Distrital de Paramonga incluir en su ordenanza sobre cabildos abiertos la reglamentación referida a los mecanismos de control vecinal: Revocatoria de autoridades municipales y Demanda de rendición de cuentas este Colegiado estima que no existe un mandato cierto, claro, vigente, de obligatorio cumplimiento, incondicional y no sujeto a controversias interpretativas para que la Municipalidad demandada cumpla con lo que el demandante exige. En efecto, si bien el artículo 121 de la Ley N° 27972 dispone que los vecinos ejercen los derechos de control, queda meridianamente claro que la regulación de dichos mecanismos de participación directa (de control) se realiza por ley conforme lo establece el segundo párrafo del artículo 31 de la Constitución, de tal modo que dichos mecanismos han sido desarrollados en la Ley N° 26300, específicamente

en los artículos 20 al 26 para el procedimiento de Revocación de autoridades municipales y en los artículos 31 al 36 para el procedimiento de la demanda de rendición de cuentas, y cuyo trámite es competencia del Jurado Nacional de Elecciones. En consecuencia, no se aprecia un *mandamus* cierto, claro, vigente, de obligatorio cumplimiento e incondicional para que la demandada cumpla con la pretensión”.

Por tanto, a la fecha todas las entidades municipales, deben contar con su Reglamento para la convocatoria a cabildo abierto.

ARTÍCULO 120.- PARTICIPACIÓN LOCAL DEL SECTOR EMPRESARIAL

Los empresarios, en forma colectiva, a través de gremios, asociaciones de empresarios, u otras formas de organizaciones locales, participan en la formulación, discusión, concertación y control de los planes de desarrollo económico local.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Arts. VI, 36, 86



COMENTARIO

Es una forma directa de participación del empresariado en forma colectiva, la Ley no permite la participación vía este artículo en forma individual. Por constituir un grupo productivo por naturaleza, es loable que se le haya considerado una instancia de participación ciudadana en forma independiente.

La participación del empresariado, en mérito a este artículo, es una acción al margen y sin los requisitos de la participación de los Consejos de Coordinación Locales.

Debe ser concordado con los arts. VI, 36 y 86 de la LOM, véase nuestros comentarios.

CAPÍTULO III

LOS DERECHOS DE CONTROL VECINAL A LOS GOBIERNOS LOCALES

ARTÍCULO 121.- NATURALEZA

Los vecinos ejercen los siguientes derechos de control:

1. Revocatoria de autoridades municipales.
2. Demanda de rendición de cuentas.

CONCORDANCIAS:

Const. Arts. 31, 194
Ley N° 26300 Art. 3:a) c)

ARTÍCULO 122.- REVOCATORIA DEL MANDATO

El mandato de los alcaldes y regidores es irrenunciable conforme a ley y revocable de acuerdo a las normas previstas en la Constitución Política y la ley en la materia.

CONCORDANCIAS:

Const. Arts. 31, 194
Ley N° 26300 Art. 3:a)



COMENTARIO

El art. 31 de la Constitución señala que los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas y el art. 194 de la misma Carta, que su mandato es revocable, conforme a ley, e irrenunciable, con excepción de los casos previstos en la Constitución.

El ejercicio de estos derechos de control se regula por la Ley N° 26300 - Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos.

La solicitud de iniciación del procedimiento se presenta ante la autoridad electoral acompañada de la iniciativa correspondiente y la relación de los nombres, documentos de identificación, firmas o huellas digitales de los promotores de la iniciativa, así como del domicilio común señalado para los efectos del procedimiento.

Recibida la solicitud de iniciación del procedimiento, la autoridad electoral verifica la autenticidad de las firmas y expide las constancias a que haya lugar. Corresponde al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil la verificación de firmas de adherentes para dar inicio a cualquiera de los procedimientos normados por la presente Ley.

Cuando la verificación de las firmas y la habilitación de los suscriptores para votar en la jurisdicción electoral, en la que se ejerce la iniciativa resulte conforme a ley, la autoridad electoral emite resolución admitiendo la iniciativa ciudadana e incluyendo en ella, según corresponda, el texto del proyecto en caso de iniciativa normativa, el argumento que acompaña la iniciativa de revocatoria o remoción de autoridades, el pliego interpelatorio cuando se trate de demanda de rendición de cuentas o la materia normativa sujeta a referéndum. Los promotores podrán designar personeros ante cada uno de los órganos electorales para presenciar y fiscalizar todos los actos del proceso. Depurada la relación de suscriptores y no alcanzado el número necesario, los promotores tendrán un plazo adicional de hasta treinta días para completar el número de adherentes requerido.

La demanda de rendición de cuentas

Este derecho se fundamenta en el art. 31 de la Constitución que señala que los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante la demanda de rendición de cuentas. Mediante este mecanismo los vecinos tienen el derecho de interpelar a las autoridades municipales, respecto a la ejecución presupuestal y el uso de los recursos propios, teniendo la autoridad municipal, correlativamente, la obligación de dar respuesta escrita y debidamente sustentada. Son susceptibles de esta demanda quienes ocupan cargos sujetos a revocatoria, o sea, alcaldes y regidores, autoridades regionales que provengan de elección popular y magistrados que provengan de elección popular.

La Ley N° 26300 contiene los siguientes requisitos para el ejercicio de este derecho:

1. Los solicitantes deben presentar un pliego interpelatorio que contenga preguntas referidas exclusivamente con los temas relacionados con la ejecución presupuestal y al uso de los recursos propios. Cada interrogante es planteada en forma clara, precisa y sobre materia específica.
2. La autoridad electoral cautela que el pliego interpelatorio contenga términos apropiados y que carezca de frases ofensivas.
3. Para que se acredite la demanda de rendición de cuentas se requiere que la soliciten cuando menos el diez por ciento (10 %) con un máximo de veinticinco mil (25 000) firmas de la población electoral con derecho a voto en la respectiva circunscripción territorial.
4. Acreditada la demanda, la autoridad electoral comunica de ello a la autoridad para que responda en forma clara y directa el pliego interpelatorio dentro de los 60 días calendario.

5. Toda autoridad a la que se haya demandado que rinda cuentas, publica el pliego interpelatorio y su respuesta a este.

La revocatoria

La revocatoria es el derecho que tiene la ciudadanía para destituir de sus cargos al Alcalde y Regidores; de acuerdo con la Ley N° 26300 tiene los siguientes requisitos:

1. La consulta de revocatoria solo procede una vez en el periodo de mandato, excluyendo la posibilidad de presentarla en el primer y último año.
2. La solicitud de revocatoria se refiere a una autoridad en particular, es fundamentada y no requiere ser probada.
3. El JNE convoca a consulta electoral dentro de los noventa (90) días siguientes de solicitada formalmente. La consulta se lleva adelante en una circunscripción electoral, si el veinticinco por ciento de los electores de una autoridad, con un máximo de 400 000 firmas, presenta la solicitud de la revocación del mandato ante la oficina de procesos electorales correspondiente.
4. Para revocar a una autoridad se requiere la mitad más uno de los votos válidos. Para que proceda la revocatoria deberán haber asistido por lo menos el cincuenta por ciento (50 %) de los electores hábiles del padrón electoral.
5. Si se llega a revocar a una autoridad, el JNE acredita como reemplazante:
a) tratándose del alcalde al primer regidor hábil que sigue en la lista electoral a que pertenece la autoridad revocada; b) tratándose de un regidor, al correspondiente suplente en la lista electoral a que pertenece el regidor revocado.
6. Únicamente si se confirmase la revocatoria de más de un tercio de los miembros del Concejo Municipal se convoca a nuevas elecciones. Mientras no se elijan a los reemplazantes en el cargo, asumen las funciones los accesitarios o suplentes. Quienes reemplazan a los revocados completan el periodo para el que fueron elegidos estos.
7. Quien hubiera sido revocado del cargo para el que fue elegido está apto para ser candidato al mismo cargo en las elecciones siguientes a excepción del proceso al que se refiere el artículo 25 de la Ley N° 26300, es decir, cuando se revoca más de un tercio de los miembros del Concejo.

La revocatoria en el momento actual

Si bien la institución de la revocatoria fue proyectada con mucha expectativa de una real participación democrática de la población, en los últimos años y sobre todo a raíz del proceso de revocatoria a la alcaldesa de Lima, se ha visto cuestionada por el mal uso político que se ha hecho de esta figura, impulsada casi siempre por los candidatos perdedores de la justa electoral previa, que ven en ella la oportunidad de recuperar el espacio político perdido.

Hay casos extremos. Fernando Tuesta, comenta que: "Incluso hay casos singulares, como el de San Silvestre Cochán, ubicado en la provincia de San Miguel en Cajamarca. Desde 1995, en este distrito de 3133 electores, no ha habido alcalde elegido que no haya pasado por una CPR. Es decir, en cinco ocasiones. El último 30 de setiembre fue revocado Flavio Barrantes, alcalde aprista, quien anteriormente había postulado seis veces y que fue el promotor de las CPR de todos los alcaldes anteriores. Cuando fue

elegido en el 2010, todos los grupos políticos se unieron y lo revocaron. Flavio Barrantes probó así de su propia medicina. En este escenario de presencia de exalcaldes y candidatos derrotados, como promotores e interesados en activas revocatorias, es lo más frecuente desde hace quince años el uso de este mecanismo. Sin embargo, **en ningún caso, el gobierno local ha sido fortalecido y la calidad de vida de la comunidad ha mejorado**⁽¹⁸¹⁾.

Situaciones como la indicada, ha generado diversas propuestas de modificatoria, como la presentada en forma conjunta por el JNE, la ONPE y el Reniec, que plantea cambios sustanciales a la institución de la revocatoria:

- Que se mantenga un 25 % de las firmas de adherentes, pero sin el tope que había de 400 mil firmas para Lima. **Es para todos los casos de consulta popular a nivel nacional.**
- Que los promotores de revocatorias deben residir en el lugar en el que presenten este recurso en contra de la autoridad municipal o el gobierno regional, y estar incluidos en el padrón electoral que sirvió para el último proceso de elección de autoridades.
- Que la ONPE se encargará de la fiscalización de los gastos en los que incurran los impulsores o promotores, así como las autoridades sometidas a consulta popular.
- Que **el Reniec estará a cargo de la verificación biométrica**, es decir, a través de las huellas dactilares de los firmantes o pobladores residentes del lugar.
- Que la consulta de revocatoria tenga un calendario fijo y que el acto de sufragio se realice el primer domingo del tercer año del mandato de las autoridades.

Un aspecto que generó debate, a raíz del proceso de revocatoria en la ciudad de Lima, es si los regidores revocados pueden o no ocupar cargos públicos en la propia Municipalidad u otras instituciones públicas. En realidad, la ley no establece ningún impedimento en este sentido, por lo que pueden ocupar dichos cargos, ya que la única restricción que les impone la ley a los regidores revocados es participar de la elección siguiente en el caso de haber sido revocados más de un tercio del número de regidores, y solo para este proceso, ya que en los subsiguientes pueden ser candidatos.

(181) TUESTA SOLDEVILLA, Fernando. "El campo abierto de las revocatorias". En: Diario *La República* del 10 de marzo de 2013.

TÍTULO IX

LAS RELACIONES INTERINSTITUCIONALES Y CONFLICTOS DE COMPETENCIAS

CAPÍTULO I

LAS RELACIONES CON EL GOBIERNO NACIONAL Y LOS GOBIERNOS REGIONALES

ARTÍCULO 123.- RELACIONES DE LOS GOBIERNOS LOCALES

Las relaciones que mantienen las municipalidades con el Gobierno Nacional, los gobiernos regionales y los poderes del Estado tienen por finalidad garantizar el ejercicio del derecho de iniciativa legislativa, la coordinación de las acciones de competencia de cada uno, así como el derecho de propuesta o petición de normas reglamentarias de alcance nacional. Estas relaciones implican respeto mutuo y atención a las solicitudes que se formulen reciprocamente.

La Policía Nacional tiene la obligación de prestar el apoyo que requiera la autoridad municipal para hacer cumplir sus disposiciones, conforme a ley.

CONCORDANCIAS:

Const.	Art. 43
Ley N° 27972	Arts. VII, 49
Ley N° 27783	Art. 6



COMENTARIO

El artículo 43 de la Constitución Política del Perú señala que: “El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes”. La relación entre unidad y descentralización ha sido definida por el TC (Exp. N° 006-2008-PI/TC), en los términos siguientes: “En el Estado unitario y descentralizado en cambio el poder no se encuentra concentrado en un órgano único sino que se permite la posibilidad de transferir facultades de gobierno a entidades, denominadas por algunos como ‘organismos constitucionales autónomos’, que ayudan al desarrollo integral de la política nacional (artículo 189 de la Constitución), con poder incluso para dictar normas de ámbito territorial, pero en atención a las competencias asignadas por la propia Constitución del Estado que, como se dijo, constituye una unidad, razón esta por la que un organismo del Estado al que se le ha conferido una parte de ese poder no puede ir más allá de lo que la propia Constitución le asigna”.

Desde esta óptica constitucional, la relación entre los diferentes niveles de gobierno (nacional, regional y local), tiene como objetivo, aparte de la coordinación y apoyo mutuo, preservar la unidad del Estado, respetando las competencias asignadas a cada nivel de gobierno. El art. 49 de la LOM recoge esta perspectiva:

“49.1. El gobierno nacional y los gobiernos regionales y locales mantienen relaciones de coordinación, cooperación y apoyo mutuo, en forma permanente y continua, dentro del ejercicio de su autonomía y competencias propias, articulando el interés nacional con los de las regiones y localidades.

49.2. El gobierno regional no puede interferir en la acción y competencias de las municipalidades de su jurisdicción. Puede celebrar y suscribir en forma indistinta, convenios de colaboración mutua y recíproca, y contratos de cualesquier naturaleza para fines comunes determinados, con arreglo a Ley.

49.3. Los gobiernos regionales y locales proporcionan la información requerida para mantener actualizados los distintos sistemas administrativos y financieros organizados a nivel nacional”.

Por otra parte, el artículo que comentamos establece que las relaciones de las municipalidades con el gobierno nacional, los gobiernos regionales y los poderes del Estado, tienen por finalidad garantizar:

- a) El ejercicio del derecho de iniciativa legislativa.
- b) La coordinación de las acciones de competencia de cada uno.
- c) El derecho de propuesta o petición de normas reglamentarias.

Si lo concordamos con el art. VII de la LOM, las relaciones interinstitucionales tendrán en cuenta además:

- a) Que el gobierno en sus distintos niveles se ejerce dentro de su jurisdicción, evitando la duplicidad y superposición de funciones, con criterio de concurrencia y preeminencia del interés público, y
- b) Que las relaciones entre los tres niveles de gobierno deben ser de cooperación y coordinación, sobre la base del principio de subsidiariedad⁽¹⁸²⁾. “Apuntar la diferencia entre lo que se entiende por coordinación y cooperación resulta fundamental. Ambos son principios de Organización Administrativa sobre los que la doctrina viene manteniendo una viva discusión para diferenciarlos. Para nosotros lo propio de la cooperación es que sea voluntaria mientras que en la Coordinación existe un elemento de imposición que deriva de la posición de superioridad en la que se encuentra el ente que coordine con respecto a los coordinados”⁽¹⁸³⁾.

La Policía Nacional, a su vez, está obligada a prestar el apoyo a los gobiernos locales, en virtud de este artículo, y en temas específicos en el art. 197 de la Constitución y los arts. 20 inc. 19, 81, 85, 115 y 157 de la LOM.

(182) Sobre el principio de subsidiariedad, véase nuestros comentarios al art. V de la LOM.

(183) REYES GARCÍA, Marco Aurelio. *Las relaciones de cooperación de los gobiernos locales. Centros de Estudio de Derecho Municipal*. <http://www.derecho.usmp.edu.pe/centro_derecho_municipal/articulos/ArticuloDr_ReyesGuerra.pdf>.

CAPÍTULO II

LAS RELACIONES ENTRE MUNICIPALIDADES

ARTÍCULO 124.- RELACIONES ENTRE MUNICIPALIDADES

Las relaciones que mantienen las municipalidades entre ellas, son de coordinación, de cooperación o de asociación para la ejecución de obras o prestación de servicios. Se desenvuelven con respeto mutuo de sus competencias y gobierno.

CONCORDANCIAS:

Const.	Art. 194
Ley N° 27972	Arts. 9:26), 20:31), 76, 77
Ley N° 29029	Art. 1
D.S. N° 046-2010-PCM	Art. 1



COMENTARIO

El art. 194 de la Constitución Política de 1993 establecía que: “Las municipalidades pueden asociarse o concertar entre ellas convenios cooperativos para la ejecución de obras y la prestación de servicios comunes”. Con la reforma constitucional de la Ley N° 27680, este texto fue eliminado de la Carta Política, regulándose esta materia específicamente por la Ley.

Las relaciones entre municipalidades pueden ser coordinación, de cooperación o de asociación y en todos los casos el objetivo central es la ejecución de obras o la prestación de servicios. El mecanismo para hacer realidad esta relación es el convenio, de acuerdo con el inc. 26 del art. 9 de la LOM, que dispone: “Corresponde al Concejo Municipal aprobar la celebración de convenios de cooperación nacional e internacional y convenios interinstitucionales”. En el mismo sentido, el inc. 31 del art. 20 de la LOM precisa que es atribución del alcalde: “Suscribir convenios con otras municipalidades para la ejecución de obras y prestación de servicios comunes”.

Figuras afines son la delegación de competencias (art. 76 de la LOM) y la avocación (art. 77 de la LOM).

Mancomunidad municipal

En el marco del art. 124 de la LOM, se emite la Ley N° 29029 - Ley de la Mancomunidad Municipal (y su modificatoria la Ley N° 29341), con el objeto de establecer el

marco jurídico para el desarrollo y promoción de las relaciones de asociatividad municipal. Esta norma, define a la mancomunidad el acuerdo voluntario de dos (2) o más municipalidades, colindantes o no, que se unen para la prestación conjunta de servicios y la ejecución de obras, promoviendo el desarrollo local, la participación ciudadana y el mejoramiento de la calidad de los servicios a los ciudadanos.

A través de este mecanismo se puede buscar los siguientes objetivos:

1. Promocionan y ejecutan proyectos que por su monto de inversión y magnitud de operación superen el ámbito jurisdiccional y las posibilidades particulares de cada gobierno local.
2. Ejecutan acciones, convenios y proyectos conjuntos, principalmente entre las municipalidades que compartan cuencas hidrográficas, corredores viales, turísticos, económicos, zonas ecológicas comunes, que involucren participación financiera, técnica y de equipo para realizar proyectos determinados.
3. Elaboran, gestionan, promueven e implementan proyectos ante entidades nacionales e internacionales, públicas y/o privadas, que busquen y auspicien el desarrollo económico, productivo, social y cultural; pudiendo para ello gestionar recursos financieros, humanos y técnicos ante distintas fuentes, en concordancia con las normas vigentes sobre la materia.
4. Procuran mejores niveles de eficiencia y eficacia en la gestión de los gobiernos locales a través del cumplimiento de las normas de transparencia, rendición de cuentas y acceso a la información, propiciando la participación ciudadana, la modernización de la gestión municipal y los procesos de integración y desarrollo económico local.
5. Desarrollan e implementan planes y experiencias conjuntas de desarrollo de capacidades, asistencia técnica e investigación tecnológica en convenio con universidades, institutos superiores y otras entidades educativas públicas y privadas.

La mancomunidad es una figura asociativa que paulatinamente va consolidándose como una herramienta de desarrollo local. Para ser reconocidas como tal, las mancomunidades municipales deben solicitar su inscripción en el Registro de Mancomunidades Municipales de la PCM.

Al mes de marzo del 2013, en nuestro país existen 158 mancomunidades municipales inscritas, de este universo hay 47 mancomunidades incorporadas al SNIP y 24 mancomunidades incorporadas al SIAF. Las mancomunidades que cuentan con SNIP y SIAF tienen prioridad y beneficios adicionales en la postulación de sus proyectos de inversión a Foniprel y otras fuentes de financiamiento.

Otros dispositivos que se deben tener en cuenta para la implementación de la mancomunidad son el D.S. N° 046-2010-PCM, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 29029; y la Resolución de Secretaría de Descentralización N° 228-2010-PCM-SD.- Aprueban el nuevo Reglamento del Registro de Mancomunidades Municipales, establecen el contenido mínimo del Informe Técnico de Viabilidad para la Constitución de la Mancomunidad Municipal y aprueban modelos de documentos para la inscripción de Mancomunidades Municipales.

El arquitecto Álvaro Ugarte hace un conjunto de recomendaciones para constituir una mancomunidad:

- Debe quedar claro que el propósito de una mancomunidad no es el de constituir una plataforma política sino una base de colaboración mutua para resolver problemas comunes; en este sentido, las autoridades deben tener la disposición política de integrar un colectivo sin ánimos de protagonismo.
- La constitución de una mancomunidad debe tener un propósito claro y definido, en cuanto al problema común que se desea resolver. Puede tener varios objetivos, pero cada uno debe ser adecuadamente definido, en cuanto al propósito de la mancomunidad, así como su organización, recursos involucrados, responsabilidades, plazos, metas, entre otros aspectos. La experiencia nos muestra casos como el de la AMPE y otras asociaciones que constituidas con el fin de impulsar un mero desarrollo gremial no han logrado trascender más allá de la defensa del fuero municipal, aspecto en el que la AMPE tuvo un rol trascendental hasta el año 2000 cuando fue copada por la dictadura fujimorista.
- La mancomunidad debe responder e informar clara y permanentemente a los vecinos, que son en última instancia el objeto y el sujeto de la asociación y de la acción municipal. Para ello, debe contar con mecanismos diferenciados de gestión y monitoreo.
- Quizás la recomendación más importante sea la de tener una clara disposición a sumar esfuerzos para resolver un problema común, sin que esto se entienda como la claudicación de los principios y posiciones políticas, las que deben mantenerse siempre, pero al margen de la mancomunidad⁽¹⁸⁴⁾.

ARTÍCULO 125.- REPRESENTACIÓN DE LAS MUNICIPALIDADES

Las municipalidades tienen como órgano representativo a una o más asociaciones de municipalidades que se constituye conforme a las normas establecidas en el Código Civil.

CONCORDANCIAS:

C.C. Art. 145
Ley N° 23853 Art. 1



COMENTARIO

En el Perú existe la Asociación de Municipalidades del Perú (AMPE), constituida al amparo del artículo 115 del Decreto Legislativo N° 051 Ley Orgánica de

(184) UGARTE, Álvaro. *Mancomunidades municipales: "La unión hace la fuerza". Comentarios a la Ley N° 29029*. Instituto de Investigación y Capacitación Municipal (INICAM). <<http://www.inicam.org.pe/2006/editorial2.html>>.

Municipalidades⁽¹⁸⁵⁾, norma publicada el 17 de marzo de 1981 y derogada por la Ley N° 23853, publicada el 9 de junio de 1984.

Desde entonces, la AMPE es reconocida como la institución representativa de las municipalidades del Perú, lo que se confirma con su vigencia en las Leyes Orgánicas de Municipalidades N°s 23853 y 29792.

Conforme a su Estatuto, AMPE es una asociación sin fines de lucro, de derecho privado, descentralizada, con autonomía política, económica y administrativa, se constituye de acuerdo con los principios y normas de la Constitución Política del Perú, la Ley Orgánica de Municipalidades y el Código Civil. La AMPE se rige por su estatuto.

Son fines de la AMPE:

- a) Promover.- consolidar y defender la autonomía política, económica y administrativa de las municipalidades conforme lo establece la Constitución.
- b) Promover el fortalecimiento y desarrollo institucional de las municipalidades.
- c) Canalizar las iniciativas legislativas ante el Congreso de la República y a la Presidencia de la República, en representación de las municipalidades.
- d) Representar a las municipalidades provinciales, distritales y delegadas del Perú, ante las instituciones públicas y privadas en todo lo acordado por la asociación en sus congresos.
- e) Contribuir y promover la defensa del estado de derecho, la democracia y la participación ciudadana.
- f) Promover la descentralización del país, conforme lo establecido en la Constitución Política del Estado.
- g) Promover la asociación entre municipalidades provinciales y/o distritales con problemáticas comunes, con la finalidad de alcanzar objetivos comunes libremente acordados.

La AMPE se constituye para cumplir los siguientes objetivos:

- a) Apoyar la cooperación, concertación e integración, entre las municipalidades del país, a través de formas múltiples de asociación y organización local, regional y nacional difundiendo las experiencias exitosas de gestión local.
- b) Impulsar el perfeccionamiento de la legislación y la capacidad reguladora, directa y técnica de las municipalidades.
- c) Contribuir al desarrollo de la organización y gestión municipal, proporcionando el perfeccionamiento técnico de las autoridades, funcionarios y servidores municipales.

(185) **D.Leg. N° 051:** “**Art. 115.-** Las municipalidades pueden constituir una Asociación de municipalidades para coordinar su acción. El Instituto Nacional de Fomento Municipal le prestará las facilidades necesarias. Asimismo las municipalidades celebran periódicamente Congresos nacionales o regionales para intercambiar experiencias, coordinar su acción y contribuir al perfeccionamiento de la legislación municipal”.

- d) Apoyar y promover el fortalecimiento de las finanzas y el patrimonio municipal.
- e) Promover y contribuir al desarrollo de la carrera pública municipal y al bienestar de los servidores municipales a través de la creación y funcionamiento de la escuela de administración y gestión municipal.
- f) Fomentar y apoyar las relaciones de las municipalidades con los poderes y entidades públicas y privadas del país y del extranjero.
- g) Promover la implementación de la Agenda Local 21 en los municipios del país, para la formulación de sus planes concertados de acción local de desarrollo sustentable.
- h) Asistir a sus asociados en sus consultas, investigación, asesoría o en asuntos propios de la actividad cotidiana municipal.
- i) Fomentar las relaciones internacionales de las municipalidades con gobiernos locales de otros países a fin de difundir y recepcionar experiencias exitosas de gestión municipal.
- j) Otras que acuerde el congreso de la AMPE.

La LOM permite la existencia de una o más asociaciones de municipalidades. Las asociaciones son ámbitos necesarios para el debate y el consenso de las acciones locales, pero necesitan ser profundamente democráticas en su organización y funcionamiento, a fin de que ejerzan una verdadera representación de los gobiernos locales, cualquiera sea la tendencia política de su alcalde.

ARTÍCULO 126.- INSTITUTO DE FOMENTO MUNICIPAL

Los gobiernos locales, en función de los recursos disponibles y en coordinación con el gobierno regional, podrán formar un Instituto de Fomento Municipal para el Desarrollo Económico Local, para el fortalecimiento institucional de las municipalidades, que pueda absolver consultas técnicas, brindar información, llevar un banco de datos sobre iniciativas vecinales, realizar estudios estratégicos de buen nivel profesional y académico a favor de los gobiernos locales y con orientación hacia el horizonte económico de la Macro Región.

El Instituto de Fomento Municipal, para el cumplimiento de sus funciones, podrá suscribir convenios de cooperación con el Consejo Nacional de Descentralización.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Art. 86

Ley N° 27783 Art. 24



COMENTARIO

Este artículo plantea otro tipo de organización, pero con personería jurídica pública, denominado Instituto de Fomento Municipal para el Desarrollo Económico Local.

Pueden constituirlo los gobiernos locales, en función de sus recursos disponibles y en coordinación con los Gobiernos Regionales. Asimismo, pueden suscribir convenios de cooperación con el Consejo Nacional de Descentralización, para el cumplimiento de sus funciones.

Estos institutos se forman para el fortalecimiento institucional de las municipalidades, siendo sus objetivos eminentemente técnicos:

- a) Absolver consultas técnicas y brindar información.
- b) Llevar un banco de datos sobre iniciativas vecinales.
- c) Realizar estudios estratégicos con orientación a la formación de la Macro Región.

Además, en la medida en que están destinados al desarrollo económico local, pueden implementarse cualquiera de las funciones contenidas en el art. 86 de la LOM.

CAPÍTULO III

LOS CONFLICTOS DE COMPETENCIAS

ARTÍCULO 127.- CONFLICTOS DE LAS MUNICIPALIDADES

Los conflictos de competencia que surjan entre las municipalidades, sean distritales o provinciales, y entre ellas y los gobiernos regionales o con organismos del gobierno nacional con rango constitucional son resueltos por el Tribunal Constitucional de acuerdo a su ley orgánica.

Los conflictos no comprendidos en el primer párrafo son resueltos en la vía judicial.

CONCORDANCIAS:

Const. Art. 200:3)

Ley N° 27972 Art. 9:31)

Ley N° 27783 Art. 16



COMENTARIO

El art. 16 de la Ley N° 27783 - Ley de Bases de la Descentralización, según la cual los conflictos de competencia que se generen entre el gobierno nacional y los gobiernos regionales o los gobiernos locales, y entre estos últimos en forma indistinta se resuelven ante el TC, de acuerdo a su ley orgánica.

Por su parte, este artículo señala que los conflictos de competencia que surjan entre las municipalidades, sean distritales o provinciales, y entre ellas y los gobiernos regionales o con organismos del gobierno nacional con rango constitucional son resueltos por el Tribunal Constitucional de acuerdo a su ley orgánica.

Los conflictos no comprendidos en el párrafo anterior son resueltos en la vía judicial, por ejemplo los que se generen entre un gobierno local con organismos que no tienen rango constitucional (Indecopi, etc.), se resolverán mediante el proceso correspondiente ante el Poder Judicial.

Objeto y alcances de los conflictos de competencia

Al respecto, en la STC Exp. N° 00005-2009-PC/TC, el TC ha precisado lo siguiente:

“§2. Los rasgos configuradores del conflicto de competencias constitucionales

2. El objeto del proceso competencial es la **vindicación** o, en su caso, la **determinación** de una competencia o una atribución. Con su articulación se persigue que el Tribunal Constitucional precise el poder, órgano u ente estatal a que corresponde la titularidad de las competencias o atribuciones objeto del conflicto. Desde luego que no cualquier clase de afectación de competencias o atribuciones da lugar al proceso competencial. El artículo 110 del Código Procesal Constitucional precisa que la afectación ha de recaer sobre competencias o atribuciones asignadas por la Constitución o la Ley Orgánica. Se trata, por tanto, de la *vindicatio* de una *potestas iusconstitucional* o, cuando menos, de ‘relevancia constitucional’.

Este último supuesto grafica el caso de aquellas **potestades** conferidas exclusivamente por la Ley Orgánica. Al no encontrarse atribuidas **directamente** por la Constitución, lo que reivindica su ‘relevancia constitucional’ es su rigurosa vinculación con el ámbito material del instituto de la reserva de Ley Orgánica. Ha de tratarse, pues, de una competencia o atribución vinculada con la estructura y funcionamiento de un ente estatal creado por la Constitución (cfr. STC 0003-2006-AI/TC, Fund. Jur. N° 22-23).

3. El artículo 110 del Código Procesal Constitucional, por cierto, no solo regula lo relacionado con la titularidad de la competencia o atribución como uno de los elementos del conflicto competencial. También disciplina el modo y carácter que el conflicto puede revestir. En la STC 0001-2010-CC/TC hicimos referencia a las distintas maneras que puede adoptar el conflicto. Recapitulando nuestra jurisprudencia, expresamos que dichos conflictos podían presentarse en cualquiera de las siguientes formas:

a) **conflicto positivo**, que

‘se genera cuando más de un órgano constitucional reclama para sí la titularidad de una misma competencia o atribución’ [Fund. Jur. N° 2];

b) **conflicto negativo**, que se origina

‘cuando ... más de un órgano constitucional se considera incompetente para llevar a cabo un concreto acto estatal’ [Fund. Jur. N° 2];

c) **conflicto por omisión de cumplimiento de acto obligatorio**, que

‘se suscita cuando, sin reclamarla para sí, un órgano constitucional, por omitir un deber constitucional o de relevancia constitucional, afecta el debido ejercicio de las competencias constitucionales de otro’ [Cfr. STC 0005-2005-CC, Fund. Jur. N° 23];

d) **conflicto por menoscabo de atribuciones constitucionales**, que

‘se produce cuando, sin existir un conflicto en relación con la titularidad de una competencia o atribución, un órgano constitucional ejerce su competencia de un modo tal que afecta el adecuado ejercicio de las competencias reservadas a otro órgano constitucional’ [Fund. Jur. 3].

4. Tal diferenciación es relevante para determinar la finalidad y caracteres que les son propios a cada uno de ellos. En ella se sustenta la diferencia planteada en el fundamento jurídico N° 2 de esta sentencia entre pretensiones destinadas a **vindicar** una *potestas*, de aquellas que solo se dirigen a que se **determine** o **identifique** la titularidad de la misma.

Cae en la esfera de esta última, la articulación promovida en un conflicto negativo. El objeto de este último solo es que se **determine** o **identifique** el órgano a quien corresponde la titularidad de la competencia o atribución cuyo ejercicio deliberadamente se rehúye. A diferencia de las demás modalidades de conflicto, en las que se promueve propiamente una *vindicatio potestatis*. Es decir, una **defensa** o **recuperación** de la competencia o atribución que la Constitución y las leyes orgánicas asignan y que otros afectan.

5. A su vez, la *vindicatio* de la *potestas* tiene alcances distintos según se trate de un conflicto positivo o uno de menoscabo de atribuciones constitucionales o por omisión de cumplimiento de acto obligatorio.

En el conflicto positivo, la *vindicatio potestatis* siempre es 'directa' porque se materializa en una pretensión de 'recuperación' o 'defensa' de la competencia o atribución de cara a su **arrogación** o **auto adjudicación** de la misma por otro. En tanto que en los conflictos por omisión de cumplimiento de acto obligatorio y de menoscabo de atribuciones constitucionales, la *vindicatio potestatis* es 'indirecta'. Al no existir una subrogación o despojo de competencias, la *defensa* de la *potestas* solo se traduce en cuestionar las decisiones o actuaciones (acción o por omisión) que **interfieren** y **dificultan** el ejercicio de las que son propias.

6. Cualquiera fuera el caso, es decir, ya se trate de una vindicación de la *potestas* o, a su turno, se dilucide a quién corresponde su titularidad, el conflicto nunca se efectúa en abstracto. Está asociado a una decisión (acción u omisión) que la afecte. Como se expresó en la RTC 00013-2003-CC/TC, no puede existir conflicto constitucionalmente relevante

'si la duda sobre la titularidad de la competencia no se materializa en alguna decisión concreta o, si existiendo, la misma no se fundamenta en una vulneración al orden de competencias' (Fund. Jur. 10.4).

7. Desde luego, ello presupone, por un lado, la existencia (o subsistencia) de la actuación que motiva el conflicto. Dado que no hay conflicto en abstracto, es preciso que la decisión que lo origina deba mantenerse, conservarse o permanecer vigente. La in-subsistencia (o inexistencia) de la decisión acarrea la eliminación del conflicto o, dicho de esta otra forma, su **desaparición**. Pero, de otro lado, como se sostuvo en la STC 0001-2010-CC/TC, también es preciso que la actuación que origina el conflicto deba anidar un vicio de competencia.

En la misma STC 0001-2010-CC/TC, este Tribunal describió los caracteres esenciales del vicio de competencia. Entre otras cosas, sostuvimos que este

'se presenta cuando un órgano constitucional se subroga inconstitucionalmente o afecta a otro en el ejercicio de algunas de estas funciones [conferidas por la Constitución o la Ley Orgánica]' (Fund. Jur. 7).

Una actuación inválida en el sentido antes anotado se suscita siempre que este se encuentre vinculado con la infracción de ciertas condiciones de competencia

formal y de competencia material impuestas por las normas que disciplinan el proceso de su producción jurídica. Esto es, por aquellas normas que regulan el proceso de creación y aplicación del derecho por parte de los entes estatales legitimados en este proceso”.

Autorización del Concejo Municipal

Conforme lo disponen el inciso 3) del artículo 202 de la Constitución y el artículo 109 del Código Procesal Constitucional, este TC conoce de los conflictos que se susciten sobre las competencias o atribuciones asignadas directamente por la Constitución o las leyes orgánicas que delimiten los ámbitos propios de los poderes del Estado, los órganos constitucionales, los gobiernos regionales o municipales o de ellos entre sí, señala además que “los poderes o entidades estatales en conflicto actuarán en el proceso a través de sus titulares. Tratándose de entidades de composición colegiada, la decisión requerirá contar con la aprobación del respectivo pleno”. En consecuencia, una previsión especial que debe tener en cuenta la entidad municipal al ejercer las atribuciones del presente artículo, es que **para admitir una demanda de conflicto competencial por parte de una Municipalidad, esta debe ser presentada por su Alcalde, previa autorización expresa del respectivo Concejo** (véase STC Exp. N° 00005-2009-CC).

Interpretación que guarda concordancia con lo dispuesto en el inc. 31 del art. 9 de la LOM, que precisa que es atribución del Concejo municipal “plantear los conflictos de competencia”.

La acción de inconstitucionalidad y su diferencia con los de conflictos de competencia

En la STC Exp. N° 0001-2009-PCC/TC, el TC precisa la aplicación de la acción de inconstitucionalidad contra las ordenanzas municipales, diferenciándola del proceso de conflicto de competencia, en un caso donde la Municipalidad Distrital de La Molina, interpone demanda de conflicto de competencia contra la Municipalidad Metropolitana de Lima, alegando que esta última se encuentra adoptando determinadas decisiones que afectan las competencias que la Constitución, la Ley Orgánica de Municipalidades N° 27972 y la Ley de Bases de la Descentralización N° 27783 le reconocen. El TC declara improcedente la demanda, estableciendo lo siguiente:

“3. Que de autos fluye que la Municipalidad demandante pretende que se declare sin efecto, nulos o inaplicables en todo su contenido los alcances de la Ordenanza N° 1169-MML, emitida por la demandada Municipalidad Metropolitana de Lima, en tanto que a través de ella se establecen modificaciones a la Ordenanza N° 1144-MML que aprueba el Plano de Zonificación del distrito de La Molina, toda vez que, a su juicio, ello supone una afectación en las competencias que la Constitución, la Ley Orgánica de Municipalidades N° 27972 y la Ley de Bases de la Descentralización N° 27783 le reconocen.

4. Que conforme se aprecia de la demanda el conflicto versa sobre una competencia o atribución expresada en una ordenanza municipal, esto es, en una norma con rango de ley.

5. Que para casos como el de autos, el artículo 110 del Código Procesal Constitucional expresamente dispone, en su párrafo segundo, que si el conflicto versare sobre una competencia o atribución expresada en una norma con rango

de ley, el Tribunal Constitucional declarará que la vía adecuada para ventilar la controversia es el proceso de inconstitucionalidad.

6. Que en ese sentido en virtud de los principios procesales constitucionales, en particular del principio *pro actione*, y atendiendo a que conforme con el artículo 202.2 de la Constitución, el Tribunal Constitucional es el órgano competente para conocer, en instancia única, la demanda de inconstitucionalidad, correspondería que este Tribunal adecue y tramite la demanda de autos como un proceso de inconstitucionalidad.

7. Que sin embargo, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 203 de la Constitución y el artículo 99 del Código Procesal Constitucional, la demandante Municipalidad Distrital de La Molina no se encuentra facultada para interponer una demanda de inconstitucionalidad al carecer de la legitimidad extraordinaria señalada. En consecuencia, a juicio del Tribunal Constitucional la demanda debe ser declarada improcedente.

8. Que sin perjuicio de lo expuesto el Tribunal Constitucional estima pertinente señalar que dado que la cuestionada Ordenanza data del mes de setiembre de 2008, la comuna recurrente cuenta aún, de acuerdo a lo prescrito por el artículo 100 del Código Procesal Constitucional, con un plazo más que suficiente para, si lo considera pertinente, interponer formalmente la demanda de inconstitucionalidad que corresponde, para lo cual deberá tener presente lo dispuesto por el inciso 5 del artículo 203 de la Constitución, que señala que la demanda de inconstitucionalidad contra una ordenanza municipal, le corresponde ser interpuesta al uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial por ser este el titular de tal legitimidad para obrar activa extraordinaria”.

Para diferenciar, entonces, si estamos frente a un caso de conflicto de competencia o de inconstitucionalidad, debe primar lo establecido por el segundo párrafo del art. 110 del Código Procesal Constitucional, que precisa que si el conflicto versare sobre una **competencia o atribución expresada en una norma con rango de ley** (que el ámbito municipal, son las ordenanzas), la vía adecuada para ventilar la controversia es la acción de inconstitucionalidad.

TÍTULO X

**LAS MUNICIPALIDADES
DE CENTRO POBLADO
Y LAS FRONTERIZAS**

CAPÍTULO I LAS MUNICIPALIDADES DE LOS CENTROS POBLADOS

SUBCAPÍTULO ÚNICO LA CREACIÓN, LAS AUTORIDADES, LAS LIMITACIONES Y LOS RECURSOS

ARTÍCULO 128.- CREACIÓN DE MUNICIPALIDADES DE CENTROS POBLADOS

Las municipalidades de centros poblados son creadas por ordenanza de la municipalidad provincial, que determina además:

1. La delimitación territorial.
2. El régimen de organización interior.
3. Las funciones que se le delegan.
4. Los recursos que se le asignan.
5. Sus atribuciones administrativas y económico-tributarias.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Arts. III, 2, 5, 9:19), 80, 82, 85, 96, 103, 12a Disp. Trans.

Ley N° 27783 Arts. 41:7), 48

Ley N° 28458 Art. 2



COMENTARIO

La anterior Ley Orgánica de Municipalidades - Ley N° 23853, las denominó **municipalidad delegada**. Por Ley N° 23854, se modificó dicha ley, cambiándose la denominación por **municipalidad de centro poblado menor**. Posteriormente, la Constitución Política de 1993, en el texto original de su art. 191, retomó la denominación **municipalidad delegada**. Pero con la modificación constitucional introducida por la Ley N° 27680, publicada el 07/03/2002, se les denomina **municipalidad de centro poblado**, que es la denominación que recoge la LOM.

El Decreto Supremo N° 019-2003-PCM - Reglamento de la Ley N° 27795 - Ley de Demarcación Territorial, en su art. 4 inc. a) define a los centros poblados, señalando que: “Es todo lugar del territorio nacional rural o urbano, identificado mediante un nombre y habitado con ánimo de permanencia. Sus habitantes se encuentran vinculados por intereses comunes de carácter económico, social, cultural e histórico. Dichos centros poblados pueden acceder, según sus atributos, a categorías como: caserío, pueblo, villa, ciudad y metrópoli”.

Su regulación en la Constitución y las leyes de desarrollo

Pero la modificación constitucional de la Ley N° 27680, además del cambio de denominación, introdujo una variación de fondo con respecto a la naturaleza de las municipalidades de centros poblados. En efecto, el art. 191 de la Constitución les reconocía la categoría de gobierno local⁽¹⁸⁶⁾, conjuntamente con las municipalidades provinciales y distritales; sin embargo, con la modificación constitucional, el texto de dicho artículo pasó a ser el art. 194, con la siguiente redacción: “Las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno local. Tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. **Las municipalidades de centros poblados son creadas conforme a ley (...)**”.

En consecuencia, en el sistema jurídico peruano, las municipalidades de centros poblados no son órganos de gobierno local y, por tanto, están supeditadas –como lo establece el artículo que comentamos– en su delimitación territorial, organización, funciones, recursos y atribuciones a la ordenanza de la municipalidad provincial que las crea.

Disposiciones concordantes con las normas antes referidas, son el art. 189 de la Constitución, que preceptúa: “El territorio de la República está integrado por regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se constituye y organiza el gobierno a nivel nacional, regional y local, en los términos que establece la Constitución y la ley, preservando la unidad e integridad del Estado y de la Nación. El ámbito del nivel regional de gobierno son las regiones y departamentos. El ámbito del nivel local de gobierno son las provincias, distritos y los centros poblados”; el art. 7 de la Ley N° 27783 - Ley de Bases de la Descentralización, que establece: “7.1. El territorio de la República está integrado por regiones, departamentos, provincias, distritos y centros poblados, en cuyas circunscripciones se constituye y organiza el Estado y gobierno a nivel nacional, regional y local, conforme a sus competencias y autonomía propias, preservando la unidad e integridad del Estado y la nación. 7.2. El gobierno nacional tiene jurisdicción en todo el territorio de la República; los gobiernos regionales y los gobiernos municipales la tienen en su respectiva circunscripción territorial. 7.3. El gobierno en sus distintos niveles se ejerce con preferencia del interés público”, y el art. 8 de esta misma ley, que precisa: “La autonomía es el derecho y la capacidad efectiva del gobierno en sus tres niveles, de normar, regular y administrar los asuntos públicos de su competencia. Se sustenta en afianzar en las poblaciones e instituciones la responsabilidad y el derecho de promover y gestionar el desarrollo de

(186) El art. 191 (anterior a la modificación constitucional), señalaba lo siguiente: “Las municipalidades provinciales y distritales, y las delegadas conforme a ley, son los órganos de gobierno local. Tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia”.

sus circunscripciones, en el marco de la unidad de la nación. La autonomía se sujeta a la Constitución y a las leyes de desarrollo constitucional respectivas”.

Creación de las municipalidades de centros poblados según la LOM

Volviendo a las disposiciones de la LOM, en términos generales y con respecto a su predecesora, las municipalidades de centros poblados tienen una mejor regulación, estableciendo características que le son propias, y rompiendo el uniformismo con que regulaba a todas las municipalidades la ley derogada, que no tomaba en cuenta las diferencias existentes entre ellas. Como denunciaba Castro Pozo Díaz: “El uniformismo, que hace abstracción de las zonas rurales y de los centros poblados menores. La actual Ley [se refiere a la Ley N° 23853] parece haberse hecho teniendo como referencia a municipalidades de grandes ciudades, con grandes intercambios viales, terminales terrestres, zonas industriales, con comercio ambulatorio y altos edificios, en tanto que cientos de municipios y centros pobladores rurales, han quedado olvidados”⁽¹⁸⁷⁾.

De acuerdo con el artículo que comentamos, las municipalidades de centros poblados son creadas por las municipalidades provinciales para la prestación de un conjunto de servicios que por su distancia con la capital del distrito no es atendido convenientemente por su municipalidad distrital. Se trata de órganos públicos que cumple funciones delegadas, a través de la ordenanza de su creación. Este aspecto es muy importante de tener en cuenta, ya que es muy común que las autoridades de los centros poblados reclamen para sí (incluso se establece así en sus reglamentos de organización y funciones) todas las prerrogativas y atribuciones que tienen una municipalidad distrital, lo cual no es correcto. Una municipalidad de centro poblado no es un órgano de gobierno local, y las funciones y atribuciones que realizan son aquellas dispuestas en su ordenanza de creación y no las que se establecen en la LOM para las municipalidades provinciales y distritales.

Señala este artículo que la ordenanza que crea una municipalidad de centro poblado, determina:

- a) **La delimitación territorial**, o también denominada jurisdicción, lo determinará la municipalidad provincial pero a propuesta del concejo distrital, tal como lo dispone en forma expresa el numeral 3 del art. 3 de la LOM. En la delimitación se precisará el listado de anexos, caseríos, centros, villas, asentamientos humanos y cualquier otro núcleo poblacional que la comprende.
- b) **El régimen de organización interior**, teniendo como base lo dispuesto en el art. 5 de la LOM que señala que los centros poblados están integrados por un alcalde y cinco regidores (Concejo). El alcalde es el representante legal de la municipalidad y su máxima autoridad administrativa; son elegidos democráticamente por los vecinos de la circunscripción. En lo que respecta a su organización administrativa, no hay una norma específica que los señale, por lo que lo determinará la municipalidad provincial dependiendo de las características propias de cada centro poblado. No es factible al concejo municipal del centro poblado organizar su propia administración interna, pues si bien el art. 8 de la LOM señala que corresponde a cada municipalidad organizar la administración de acuerdo con sus necesidades y presupuesto, tal atribución nace del ejercicio

(187) CASTRO POZO DÍAZ, Hildebrando. Ob. cit., p. 12.

de la autonomía administrativa, de la que gozan las provinciales y distritales, mas no las municipalidades de centros poblados; igual disposición contiene el art. 28 de la LOM, que señala que los órganos de línea, apoyo y asesoría se establecen conforme lo determina cada gobierno local (no siendo tal, la municipalidad de centros poblados, como ha quedado explicado antes).

- c) **Las funciones que se les delegan**, en realidad este artículo habla de funciones pero si se le concuerda con el art. 133 de la LOM, veremos que lo que se delega son servicios públicos locales, siendo estos, a tenor del numeral 2 del art. 73 de la LOM, los siguientes: 1. saneamiento ambiental, salubridad y salud (art. 80 de la LOM); 2. tránsito, circulación y transporte público (art. 81 de la LOM); 3. educación, cultura, deporte y recreación (art. 82 de la LOM); 4. programas sociales, defensa y promoción de derechos ciudadanos (art. 84 de la LOM); 5. seguridad ciudadana (art. 85 de la LOM); 6. abastecimiento y comercialización de productos y servicios (art. 83 de la LOM); 7. registros civiles, en mérito a convenio suscrito con el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, conforme a la Ley. (Ley N° 26497 - Ley Orgánica del Reniec: art. 8 y 3ª DC); 8. promoción del desarrollo económico local para la generación de empleo (art. 86 de la LOM); 9. establecimiento, conservación y administración de parques zonales, parques zoológicos, jardines botánicos, bosques naturales, directamente o a través de concesiones (art. 79 de la LOM); 10. otros servicios públicos no reservados a entidades de carácter regional o nacional (art. 87 de la LOM). Además, señala el art. 133 de la LOM, la delegación de los servicios públicos locales puede implicar la facultad de cobrar directamente a la población los recursos que por concepto de arbitrio se encuentren estimados percibir como contraprestación de los respectivos servicios. Es decir, la facultad de recaudar, que no es en estricto un servicio público local, se considera excepcionalmente como tal por disposición expresa del art. 133 de la LOM.
- d) **Los recursos que se le asignan**, estos están directamente relacionados con las funciones o servicios públicos delegados, tal como lo dispone el art. 133 de la LOM, a cuyos comentarios nos remitimos.
- e) **Sus atribuciones administrativas y económico-tributarias**, que serán las que les considere la municipalidad provincial, las que deberán quedar expresamente estipuladas en su ordenanza de creación.

También debe tenerse en cuenta lo estipulado en el art. 2 de la Ley N° 28458 - Ley de adecuación de las municipalidades de Centros poblados, en los términos siguientes: "Las municipalidades de centros poblados que con recursos propios o aportes de la comunidad ejecutan y sostienen obras de diversa índole o prestan servicios públicos locales, educativos o de salud, mantienen las competencias, funciones y atribuciones inherentes a dichas funciones, conforme a Ley". Siendo este un mandato legal que deben respetar las municipalidades provinciales en el proceso de adecuación a la LOM, y que las autoridades de las municipalidades de centros poblados deben exigir.

Otras disposiciones de la LOM, sobre centros poblados

Otras disposiciones de la LOM, que también tratan asuntos relacionados con los centros poblados, son los siguientes: El art. III del Título Preliminar, que precisa que las municipalidades de centros poblados son creadas por ordenanza municipal provincial;

el art. 2, que señala que las municipalidades de centros poblados son creadas conforme a la LOM; el inc. 3 del art. 3, que establece que la jurisdicción de las municipalidades de centros poblados lo determina el respectivo concejo provincial a propuesta del distrital; el art. 5, que los concejos municipales de los centros poblados están integrados por un alcalde y cinco regidores (número exacto, que no depende de la densidad poblacional, como en el caso de otro tipo de municipalidades); el inc. 19 del art. 9, que señala que es atribución del Concejo aprobar la creación de centros poblados y de agencias municipales; el art. 80, que establece en forma expresa deberes de coordinación para y con los centros poblados, en materia de saneamiento, salubridad y salud; el art. 82, que establece en forma expresa la obligación de organizar y sostener centros culturales, bibliotecas, teatros y talleres en los centros poblados; el art. 85, que señala que es función exclusiva de las municipalidades provinciales establecer sistemas de seguridad ciudadana y serenazgo en los centros poblados de su jurisdicción; el inc. 11 del art. 96 que considera causa de necesidad pública a efectos de expropiación, la instalación y/o remodelación de centros poblados.

Ley de Bases de la Descentralización

El art. 48 de la Ley N° 27783 - Ley de Bases de la Descentralización precisa el régimen de las municipalidades de centros poblados, en los siguientes términos: “48.1. Las municipalidades de los centros poblados se rigen por las normas que establezca la Ley Orgánica de Municipalidades, para su creación, ámbito, competencias y funciones delegadas, elección de sus autoridades y rentas para su operación y funcionamiento. 48.2. Las municipalidades provinciales y distritales están obligadas a entregar a las municipalidades de centros poblados de su jurisdicción, un porcentaje de sus recursos propios y/o transferidos por el Estado, para cumplir con las funciones delegadas y la prestación de los servicios municipales. La entrega o transferencia de recursos se efectuará en forma mensual, bajo responsabilidad del Alcalde y del Director Municipal correspondiente”. La referencia al director municipal debe entenderse hecha para el gerente municipal, en la denominación de la actual LOM.

ARTÍCULO 129.- REQUISITOS PARA LA CREACIÓN DE UNA MUNICIPALIDAD DE CENTRO POBLADO

Para la creación de municipalidades de centros poblados se requiere la aprobación mayoritaria de los regidores que integran el concejo provincial correspondiente y la comprobación previa del cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. **Solicitud de un comité de gestión suscrita por un mínimo de mil habitantes mayores de edad domiciliados en dicho centro poblado y registrados debidamente y acreditar dos delegados.**
2. **Que el centro poblado no se halle dentro del área urbana del distrito al cual pertenece.**
3. **Que exista comprobada necesidad de servicios locales en el centro poblado y su eventual sostenimiento.**
4. **Que exista opinión favorable del concejo municipal distrital, sustentada en informes de las gerencias de planificación y presupuesto, de desarrollo urbano y de asesoría jurídica, o sus equivalentes, de la municipalidad distrital respectiva.**

5. Que la ordenanza municipal de creación quede consentida y ejecutoriada. Es nula la ordenanza de creación que no cumple con los requisitos antes señalados, bajo responsabilidad exclusiva del alcalde provincial.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Arts. 9:19), 128

Ley N° 27783 Art. 48



COMENTARIO

Para la creación de una municipalidad de centro poblado se requiere el acuerdo aprobatorio del concejo provincial, en concordancia con el inc. 19 del art. 9 de la LOM que precisa que es atribución del Concejo Municipal, aprobar la creación de centros poblados y de agencias municipales. Se requiere aprobación mayoritaria, es decir mayoría simple, de acuerdo con lo explicado en el art. 17 de la LOM.

Para que el Concejo pueda tomar un acuerdo válido, se necesita la concurrencia de los siguientes requisitos:

- a) Solicitud de un comité de gestión (el que debe organizarse de acuerdo con las disposiciones del Código Civil y contar con el reconocimiento de la municipalidad distrital respectiva), suscrita por un mínimo de 1000 habitantes mayores de edad, domiciliados en la jurisdicción, registrados debidamente (es decir, plenamente identificados, consignados su documento de identidad y la firma correspondiente). En la solicitud se debe acreditar a dos delegados, los que representarán al conjunto de los solicitantes en todo el proceso de evaluación y creación.
- b) Que el centro poblado no se halle dentro del área urbana del distrito al cual pertenece, es decir, que haya solución de continuidad (una distancia considerable) entre el área urbana y el centro poblado.
- c) Comprobada necesidad de servicios locales, recuérdese que la necesidad de contar con una municipalidad de centro poblado nace de la dificultad de la prestación del servicio público por parte de la distrital por cuestiones de acceso, distancia o comunicación. La delegación de un servicio que pasaría a ser manejado por una municipalidad de centro poblado, debe tener como objetivo fundamental la mejora de este, dentro de lo preceptuado por el art. 7 de la Ley de Bases de la Descentralización: “El gobierno en sus distintos niveles se ejerce con preferencia del interés público”. Con respecto al eventual sostenimiento que señala este artículo, apunta a que en la evaluación de creación de una municipalidad de centro poblado, debe proyectarse los recursos que van a cubrir dicho servicio y si pueden provenir de la población beneficiada. Por ejemplo, al delegarse el servicio de limpieza pública, debe evaluarse si el aporte de la población beneficiada puede cubrir dicho servicio (lo que conlleva la obligación de la autoridad de los centros poblados de mejorar los mecanismos de recaudación) y no, como sucede en la práctica, que los centros poblados no pueden cubrir el costo que demanda la prestación del servicio, recaudan muy poco y el costo real es cubierto por la municipalidad distrital.

- d) Opinión favorable del Concejo Municipal, el que debe estar contenido en un acuerdo municipal, con el voto de la mayoría simple, y asumido sobre la base de tres informes: de la oficina de presupuesto, desarrollo urbano y asesoría legal.
- e) Que la ordenanza municipal de creación quede consentida y ejecutoriada, es decir que contra dicha ordenanza no se haya planteado ninguna impugnación legal.

El segundo párrafo del numeral 5 del art. 129 de la LOM declara que será nula la ordenanza municipal que no cumpla con todos los requisitos exigidos en dicho artículo, y esto es así por cuanto las municipalidades provinciales ejercitan su competencia y autonomías conforme a ley, no pueden salirse del marco legal establecido por el legislador nacional. Sin embargo, no queda claro cómo se va a dictar dicha nulidad, si se tiene en cuenta que todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda, como establece el art. 9 de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General.

Sobre el particular, el art. 52 de la LOM, en su numeral 1, señala que agotada la vía administrativa proceden las siguientes acciones: acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional contra las ordenanzas municipales que contravengan la Constitución, y en su numeral 3, reserva la acción contencioso-administrativa contra los acuerdos de concejo y las resoluciones que resuelven asuntos administrativos. Sin embargo, en sede judicial, se ha planteado acciones contencioso-administrativa contra ordenanzas municipales, recibiendo el respaldo de la judicatura:

Casación N° 2591-2007

Lima, treinta de enero del dos mil ocho.-

La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República: VISTOS; en audiencia pública llevada a cabo en la fecha con los Vocales Supremos Sivina Hurtado, Gazzolo Villata, Pachas Ávalos, Ferreira Vildozola y Salas Medina; con lo expuesto en el dictamen fiscal, se emite la siguiente sentencia: **1.- MATERIA DEL RECURSO:** Se trata del recurso de casación interpuesto a fojas noventa y cuatro por Volcán Compañía Minera Sociedad Anónima Abierta contra la resolución de vista de fojas ochenta y ocho, emitida por la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Pasco el veintidós de agosto del dos mil siete, que confirmando la apelada de fojas sesenta de fecha dos de mayo de ese mismo año, declara improcedente la demanda contencioso administrativa postulada contra la Municipalidad Provincial de Pasco. **2.- FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO:** Esta Sala Suprema por resolución de fecha veintiséis de noviembre del dos mil siete obrante a fojas cuarenta y uno del cuaderno de casación, ha declarado procedente el recurso por la causal prevista en el inciso 3 del artículo 386 del Código Procesal Civil, referida a la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso y la infracción de las formas esenciales para la eficacia y validez de actos procesales, señalando que se han contravenido los artículos 139 incisos 3 y 5 de la Constitución Política del Estado, IX del Título Preliminar y 122 inciso 3 del Código Procesal Civil por cuanto la recurrida: a) no se ha pronunciado respecto de la aplicación del control difuso de constitucionalidad solicitado en su recurso de apelación, pese a que la controversia de la demanda versa sobre la real y verdadera naturaleza jurídica de la Ordenanza materia de cuestionamiento; b) no se ha pronunciado respecto de la sentencia

del Tribunal Constitucional de fecha doce de enero del dos mil seis recaída en el Expediente N° 9598-2005-PHC/TC, que fuera alegada por la demandante y que determina la aplicación del principio de la primacía de la realidad para todos los casos, y, por tanto, en aplicación de ella, la ordenanza citada debió ser considerada como un acto administrativo y no como una norma con rango de ley. **3.- CONSIDERANDO: Primero:** Que, conforme puede verse a fojas cuarenta y cinco, Volcán Compañía Minera Sociedad Anónima Abierta interpone demanda contencioso administrativa contra la Municipalidad Provincial de Pasco **consignando como pretensión principal la nulidad de la Ordenanza Municipal N° 001-2007-CM-HMPP** expedida por la demandada. **Segundo:** Que, por auto de fecha dos de mayo del dos mil siete obrante a fojas sesenta, se declaró liminarmente improcedente la demanda, la que fue confirmada por el Superior por considerar que el cuestionamiento de una ordenanza resultaba incompatible con la finalidad que persigue la acción contencioso administrativa, por lo que el petitorio resultaba jurídicamente imposible. **Tercero:** Que, conforme puede apreciarse del recurso de apelación obrante a fojas sesenta y cinco, la recurrente sustentó su pretensión impugnatoria denunciando que la apelada: a) no tuvo en cuenta la aplicación del principio de control difuso de constitucionalidad que facultan los artículos 51 y 138 de la Constitución Política del Estado y el artículo 7 de la Ley N° 27584; y b) que tampoco aplicó el principio de la primacía de la realidad que el Tribunal Constitucional estableció para todos los casos en su sentencia de fecha doce de enero del dos mil seis recaída en el Expediente N° 9598-2005-PHC/TC⁽¹⁸⁸⁾. **Cuarto:** Que, empero, pese a la incidencia de dichos argumentos en la calificación de la demanda, la Sala Superior ha omitido pronunciamiento respecto de ellos, los que igualmente ya habían sido esgrimidos en el escrito postulatorio, evidenciándose así causal de nulidad por motivación insuficiente, infringiéndose lo dispuesto en los artículos 139 inciso 5 de la Constitución y 122 inciso 3 del Código Procesal Civil, que exigen que una resolución como la de autos deba estar premunida de adecuada motivación tanto en los hechos como en la interpretación y/o razonamiento de normas invocadas y que no solo consiste en consignar la norma legal en la que se sustenta, sino fundamentalmente en exponer suficientes razones de hecho y de derecho que justifiquen la decisión tomada; por lo que tal examen y análisis como contenido esencial del debido proceso, corresponde ser realizado por los jueces de las instancias, las que al no haber procedido de tal manera han incurrido en la causal casatoria contenida en el inciso 3 del artículo 386 del Código Procesal Civil. **Quinto:** Que, a mayor abundancia, se advierte que los argumentos de la demanda no han debido ser rechazados a priori sino considerados y evaluados

(188) Exp. N° 9598-2005-PHC/TC: “5. El Juez debe buscar, en todos los casos, la verdad real y aplicar el principio de la primacía de la realidad, definido por el Tribunal Constitucional como aquel que aconseja que, en caso de discordia entre lo que ocurre en la práctica y lo que indican los documentos, debe otorgarse preferencia a lo primero; es decir, la integración prefiere lo que sucede en el ámbito de los hechos y descartar la proscriba verdad legal (sentencias recaídas en los Expedientes N°s 2132-2003-AA/TC, 1944-2002-AA/TC, 2387-2002-AA/TC, entre otras). Asimismo el Tribunal Constitucional ha establecido, en la sentencia recaída en el Expediente 6712-2005-PHC/TC ‘(...) que el derecho constitucional a probar, es una garantía que forma parte del debido proceso, y por consiguiente constituye un derecho básico de los justiciables producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Según este derecho, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento, tienen el derecho a producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa (...)”.

en un pronunciamiento de fondo luego del trámite del proceso en cuyo debate y contradictorio la parte emplazada tenga la oportunidad de hacer valer sus propias alegaciones y medios de defensa respecto a la naturaleza y alcances de la ordenanza municipal que se cuestiona. Por tales consideraciones, resulta de aplicación el artículo 396 inciso 2 acápite 2.3 del Código Procesal Civil.

4.- DECISIÓN: Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto a fojas noventa y cuatro por Volcán Compañía Minera Sociedad Anónima Abierta; en consecuencia **NULA** la resolución de vista de fojas ochenta y ocho su fecha veintidós de agosto del dos mil siete; **INSUBSISTENTE** el auto apelado de fojas sesenta su fecha dos de mayo del dos mil siete; **ORDENARON que el Juez de la causa expida nueva resolución conforme a los considerandos precedentes, admitiendo a trámite la demanda; MANDARON** publicar la presente resolución en el diario oficial “El Peruano”; en los seguidos contra la Municipalidad Provincial de Pasco sobre Impugnación de Resolución Administrativa; señor Vocal Ponente: PACHAS ÁVALOS, y los devolvieron.- S.S. SIVINA HURTADO, GAZZOLO VILLATA, PACHAS ÁVALOS, FERREIRA VILDOZOLA

Municipalidades de centro poblado creados bajo la Ley N° 23853 - Criterio jurisprudencial

Con respecto a la aplicación del segundo párrafo del inc. 5 del art. 129, en el caso de las municipalidades de centros poblados creadas al amparo de la Ley N° 23853, anterior ley orgánica de municipalidades, en la STC Exp. N° 04125-2010-AC, el TC analizó la demanda de cumplimiento contra el Alcalde de la Municipalidad Provincial de Oyón, su Procurador Público y los integrantes del Concejo Municipal, solicitando que se dé cumplimiento a lo dispuesto por el segundo párrafo del inciso 5 del artículo 129 de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades; el incumplimiento consistiría en que la Municipalidad emplazada no ha emitido una ordenanza que deje sin efecto la creación de la Municipalidad del Centro Poblado de Ayarpongo –creada durante la vigencia de la antigua Ley Orgánica de Municipalidades (Ley N° 23853)–, pese a que, por Acuerdo de Concejo N° 156-2007/CPO, de fecha 29 de mayo de 2007, se declaró improcedente su solicitud de adecuación a las disposiciones de la actual Ley Orgánica de Municipalidades, por no cumplir con los requisitos que esta exige para las municipalidades de centros poblados. El TC resolvió del modo siguiente:

“5. Que en el caso sub júdice, la norma cuyo cumplimiento se pretende (segundo párrafo del inciso 5 del artículo 129 de la vigente Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades) –luego de indicarse los requisitos para la creación de una municipalidad de centro poblado– prescribe: ‘Es nula la ordenanza de creación que no cumple con los requisitos antes señalados, bajo responsabilidad exclusiva del alcalde provincial’. De conformidad con el principio de irretroactividad de las leyes consagrado en el artículo 103 de la Constitución, esta nulidad puede ser aplicada a las ordenanzas de creación de municipalidades de centros poblados aprobadas a partir de la vigencia de dicha Ley Orgánica. Sin embargo, contrariamente a lo pretendido por el recurrente, el citado segundo párrafo del inciso 5 del artículo 129 de la Ley Orgánica de Municipalidades no dispone que si una municipalidad de centro poblado creada durante la vigencia de la antigua Ley Orgánica de Municipalidades no cumpliera con alguno de los requisitos señalados en la actual Ley Orgánica, deberá expedirse una ordenanza que deje sin efecto la creación de dicha municipalidad.

6. Que, por tal motivo, a juicio de este Colegiado, no solo no existe un mandato vigente, cierto y claro en el sentido que pretende el recurrente, sino que, además, su pretensión partiría de su particular interpretación del segundo párrafo del inciso 5 del artículo 129 de la actual Ley Orgánica de Municipalidades, lo que no resulta estimable en un proceso de cumplimiento, donde, como ya se ha indicado, la norma legal cuyo acatamiento se exige no debe estar sujeta a controversia compleja ni a interpretaciones dispares.

Sobre el particular, la adecuación de las municipalidades de centros poblados no conlleva la desaparición de aquellas creadas bajo el régimen de la ley municipal derogada, al no cumplir con el requisito de 1000 habitantes (la anterior exigía 500), sino que se adecuarán aspectos relativos a las competencias y funciones, recursos, así como su régimen de organización interior. Es de este modo que debe entenderse lo que señala la segunda disposición transitoria de la LOM, cuando precisa que la adecuación se realizará “en lo que sea pertinente”⁽¹⁸⁹⁾.

ARTÍCULO 130.- PERIODO DE ALCALDES Y REGIDORES DE CENTROS POBLADOS

Los concejos municipales de los centros poblados están integrados por un alcalde y cinco regidores.

Los alcaldes y regidores de centros poblados son elegidos por un periodo de cuatro años, contados a partir de su creación.



COMENTARIO

El periodo de mandato de los alcaldes y regidores de centros poblados es el mismo que señala el art. 194 de la Constitución para todas las municipalidades, de cuatro (4) años. Pueden ser reelegidos, su mandato es revocable e irrenunciable, conforme a ley.

ARTÍCULO 131.- DESIGNACIÓN DE AUTORIDADES

El alcalde y los regidores de las municipalidades de centros poblados son proclamados por el alcalde provincial, ratificando el resultado de las elecciones convocadas para tal fin.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972

Art. 130

(189) ZAMBRANO ORTIZ, Luis Fernando. *Las municipalidades de centro poblado. Ratio legis de la Ley Orgánica de Municipalidades*. Vol. II, tomo 328, Editora Normas Legales, Trujillo, setiembre, 2003. p. 58.

ARTÍCULO 132.- PROCEDIMIENTO PARA LA ELECCIÓN DEL ALCALDE Y REGIDORES DE UN CENTRO POBLADO

El procedimiento para la elección de alcaldes y regidores de municipalidades de centros poblados se regula por la ley de la materia.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Art. 5

Ley N° 28440 Art. 1



COMENTARIO

El alcalde y los regidores son elegidos democráticamente por los pobladores de su jurisdicción. El procedimiento se rige por la Ley N° 28440 - Ley de elecciones de autoridades municipales de centros poblados, del 29 de diciembre de 2004, que establece lo siguiente:

- El alcalde provincial convoca a elecciones con ciento veinte (120) días naturales de anticipación al acto del sufragio, comunicando el acto al Jurado Nacional de Elecciones, bajo responsabilidad. En el caso de municipalidades de centro poblado nuevas, la convocatoria debe llevarse a cabo dentro de los noventa (90) días naturales, contados a partir de la fecha de su creación por ordenanza.
- La organización del proceso electoral está a cargo de un comité electoral, el cual está conformado por un número de cinco (5) pobladores que domicilien dentro de la delimitación territorial de la municipalidad de centro poblado. La designación de los pobladores se hará por sorteo realizado en acto público y en presencia de los representantes de la municipalidad provincial y distrital. El sorteo es realizado por la municipalidad provincial dentro del término de los treinta (30) días naturales siguientes a la fecha de convocatoria a elecciones, y se hará entre los ciudadanos que figuren en el padrón de electores.
- El padrón de electores está conformado por los ciudadanos que viven en el centro poblado. Para el efecto, las municipalidades provinciales, en cuya jurisdicción se encuentre el centro poblado, dispondrán que se prepare un padrón de electores sobre la base de la actualización del padrón que dio origen a la creación del centro poblado.
- La convocatoria, fecha del sufragio, funciones, conformación del padrón electoral e inscripción de listas de candidatos, impedimentos, tachas, reglas sobre el cómputo y proclamación de las autoridades de centros poblados, impugnaciones, asunción y juramentación de los cargos, y demás aspectos relacionados, se establecen por ordenanza provincial, la que debe ser publicada y no podrá establecer requisitos mayores que los contemplados para la elección de los alcaldes provinciales y distritales en la Ley de Elecciones Municipales (Ley N° 26864).
- La municipalidad provincial suscribirá convenios de cooperación técnica con la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE), con la finalidad de que se le brinde asistencia técnica electoral, de acuerdo a sus posibilidades económicas.

- El alcalde provincial proclama al alcalde y su lista de regidores que obtienen la votación más alta, comunicando el cuadro de autoridades electas al Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI).

ARTÍCULO 133.- RECURSOS DE LAS MUNICIPALIDADES DE CENTRO POBLADO

Las municipalidades provinciales y distritales están obligadas a entregar a las municipalidades de centros poblados de su jurisdicción, en proporción a su población y los servicios públicos delegados, un porcentaje de sus recursos propios y los transferidos por el gobierno nacional, para el cumplimiento de la prestación de los servicios públicos delegados. La entrega o transferencia de recursos se efectuará en forma mensual, bajo responsabilidad del alcalde y del gerente municipal correspondiente. Las municipalidades provinciales y distritales pueden incrementar las transferencias de recursos a las municipalidades de centros poblados, previo acuerdo de sus concejos municipales.

La ordenanza de creación o de adecuación, según sea el caso, podrá contemplar otros ingresos.

La delegación de los servicios públicos locales que asuman las municipalidades de centro poblado puede implicar la facultad de cobrar directamente a la población los recursos que por concepto de arbitrio se encuentren estimados percibir como contraprestación de los respectivos servicios.

La percepción de los recursos que cobren, por delegación expresa, las municipalidades de centro poblado, se entenderán como transferencias efectuadas por parte de la municipalidad provincial o distrital pertinente, para cuyo efecto, deben rendir cuenta mensualmente de los importes recaudados por dicho concepto.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Art. 50

Ley N° 27783 Art. 48



COMENTARIO

Este artículo fija los criterios para la transferencia de recursos para las municipalidades de centros poblados:

- a) Están obligadas a transferir recursos tanto las municipalidades provinciales como las distritales, la obligación es de ambas.
- b) Los montos que se transfieren están en relación con los servicios públicos que hayan sido delegados. La norma no establece un porcentaje específico, por lo que es necesario hacer un estimado del costo que demande el servicio público y las funciones delegadas, a fin de que las municipalidades (provincial y distrital) entreguen o transfieran los recursos correspondientes, bajo responsabilidad del alcalde y el gerente municipal.

En este tema económico se advierte, de manera clara, la implicancia del hecho que las municipalidades de centros poblados no sean gobiernos locales, ya

que la dependencia económica con respecto a las municipalidades distritales y provinciales es absoluta. Sin embargo, es oportuno preguntarse si las municipalidades de centros poblados tienen capacidad de iniciativa para la generación de recursos. Consideramos que sí, porque nada impide la adopción de una medida tal, pero para implementarla, dicha propuesta debe elevarse a la municipalidad provincial a efectos de que se le otorgue la autorización correspondiente.

Por otro lado, si bien el artículo establece la obligación compartida de las municipalidades provinciales y distritales en la transferencia de recursos, no establece cómo deben distribuirse dichas transferencias con relación a cada nivel de gobierno. Y aquí es oportuno referirse a una práctica recurrente por parte de las municipalidades provinciales, que al momento de emitir la ordenanza de creación o de adecuación de una municipalidad de centro poblado, solamente delegan funciones o servicios pertenecientes a la municipalidad distrital, lo que en la práctica conlleva que la provincial no transfiera ningún tipo de recursos a los centros poblados (en forma mensual), en la medida que no transfiere ninguna función o servicio del ámbito provincial y de esta manera evitan transferir de sus propios recursos. Lo que constituye una evidente omisión a la norma, que es clara al señalar que las municipalidades provinciales y distritales **están obligadas** a entregar a las municipalidades de centros poblados un porcentaje de sus recursos propios y los transferidos por el gobierno nacional, para el cumplimiento de la prestación de los servicios públicos delegados. Dichas transferencias tienen como mecanismos de cálculo concurrentes: la proporción de la población y los servicios públicos delegados. Para cumplir con la norma, las municipalidades provinciales tienen que delegar servicios y efectuar transferencias con cargo a sus recursos a todas las municipalidades de centros poblados de la jurisdicción provincial (recuérdese que el inc. 1 del art. 3 de la LOM precisa que la municipalidad provincial tienen jurisdicción sobre el territorio de la respectiva provincia y el distrito del cercado). No se cumple con la norma, cuando solo se afectan los recursos de la municipalidad distrital.

- c) Los recursos que deben transferir las municipalidades provinciales y distritales pueden ser de sus ingresos directos (recursos propios) y los transferidos por el gobierno nacional (Foncomun, canon, sobre canon, regalías, etc). Por tanto, los recursos que se transfieran pueden ser de cualquier fuente de financiamiento, en este aspecto la facultad que otorga la ley es muy amplia.
- d) Puede delegarse la facultad de cobrar directamente los recursos que por concepto de arbitrios se encuentren estimados percibir, y el ingreso por este rubro se entenderá como transferencias efectuadas por parte de la municipalidad provincial o distrital pertinente, para cuyo efecto deben rendir cuenta mensualmente de los importes recaudados por este concepto. En realidad, la obligación de rendir cuenta no solo es para el caso de los arbitrios, como parecería indicar este artículo, sino que dicha obligación es por todos los recursos que reciban la municipalidad del Centro poblado, a tenor del art. 48 de la Ley de Bases de la Descentralización que así lo señala expresamente.

La recaudación del impuesto predial

Un tema importante, que merece particular atención, es con respecto a la posibilidad de que las municipalidades de centros poblados recauden directamente el

impuesto predial, como una forma de transferencia de recursos para el cumplimiento de sus objetivos.

Tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Fiscal han determinado en sendas disposiciones, que los centros poblados no están facultados para recaudar el impuesto predial.

En el caso del TC, el máximo órgano de control constitucional emitió sentencia en el Exp. N° 0004-2008-PI/TC, en la que se planteaba la inconstitucional de una Ordenanza municipal provincial que creaba una municipalidad de centro poblado delegándole la facultad de cobrar el impuesto predial y el impuesto de alcabala. El TC resolvió del modo siguiente:

“10. Finalmente, en cuanto al cuestionamiento de que las municipalidades de centros poblados no tienen las mismas atribuciones o competencias para el cobro del impuesto predial o el impuesto de alcabala pues los artículos 8 y 29 de la Ley de Tributación Municipal le otorgan dicha competencia a las municipalidades distritales, el Tribunal Constitucional considera que debe estimarse este extremo de esta pretensión y declarar la respectiva inconstitucionalidad. Las razones que fundamentan tal decisión son las siguientes:

11. La cuestionada Ordenanza Municipal N° 025-206/MPJ de fecha 18 de diciembre de 2006, expedida por la Municipalidad Provincial de Jauja, establece, entre otras disposiciones la siguiente:

Artículo 1.- El objeto de la presente ordenanza es regular el proceso de Adecuación de la Municipalidad de Centro Poblado de Chacaybamba, Distrito de Monobamba, Provincia de Jauja, determinado las competencias, Funciones y Atribuciones Administrativas, Económico-tributarias, a ser ejercidas de acuerdo a la Ley Orgánica de Municipalidades N° 27972 (...).

Artículo 7.- Competencias y funciones:

(...)

1.2. Promoción del desarrollo económico, salubridad y beneficencia pública:

(...)

d. Administrar y recaudar ingreso por la prestación de servicios públicos locales en la jurisdicción del Centro Poblado de Chacaybamba. Así como **impuesto predial, impuesto de alcabala** (...). [resaltado agregado]

12. El artículo 194 de la Constitución establece que: ‘Las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno local. Tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Las municipalidades de los centros poblados son creadas **conforme a ley**’. [resaltado agregado]

13. El artículo 128 de la Ley N° 27972, Orgánica de Municipalidades, publicada el 27 de mayo de 2003, establece que: ‘Las municipalidades de centros poblados son creadas por ordenanza de la municipalidad provincial, que determina además: 1. La delimitación territorial. 2. El régimen de organización interior. 3. Las funciones que se le delegan. 4. Los recursos que se le asignan. 5. Sus atribuciones administrativas y económico-tributarias’.

14. La Ley de Tributación Municipal, aprobada por Decreto Legislativo N° 776, publicada con **fecha 31 de diciembre de 1993**, y cuyo Texto Único ordenado fue aprobado por Decreto supremo N° 156-2004-EF, publicado el **15 de noviembre de 2004**, establece en su artículo 8, sustituido por el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 952, publicado el **3 de febrero de 2004**, lo siguiente:

Artículo 8.- El Impuesto Predial es de periodicidad anual y grava el valor de los predios urbanos y rústicos.

A efectos del Impuesto se considera predios a los terrenos, incluyendo los terrenos ganados al mar, a los ríos y a otros espejos de agua, así como las edificaciones e instalaciones fijas y permanentes que constituyan partes integrantes de dichos predios, que no pudieran ser separadas sin alterar, deteriorar o destruir la edificación.

La recaudación, administración y fiscalización del impuesto corresponden a la Municipalidad Distrital donde se encuentre ubicado el predio.
[resaltado agregado]

15. Asimismo, el artículo 29, sustituido por el artículo 11 del Decreto Legislativo N° 952, publicado el **3 de febrero de 2004**, establece lo siguiente:

‘Artículo 29.- El impuesto **constituye renta de la Municipalidad Distrital** en cuya jurisdicción se encuentre ubicado el inmueble materia de la transferencia. En el caso de Municipalidades Provinciales que tengan constituidos Fondos de Inversión Municipal, estas serán las acreedoras del impuesto y transferirán, bajo responsabilidad del titular de la entidad y dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al último día del mes que se recibe el pago, el 50 % del impuesto a la Municipalidad Distrital donde se ubique el inmueble materia de transferencia y el 50 % restante al Fondo de Inversión que corresponda’.
[resaltado agregado]

16. De lo expuesto, resulta evidente que al momento de expedirse la cuestionada Ordenanza Municipal N° 025-206/MPJ de fecha 18 de diciembre de 2006, expedida por la Municipalidad Provincial de Jauja, ya existían normas tributarias municipales **especiales** que establecían de modo claro y expreso que la competencia para recaudar, administrar y fiscalizar los impuestos predial y de alcabala corresponden a la **Municipalidad Distrital** donde se encuentre el predio, de modo tal que la emplazada Municipalidad Provincial de Jauja se encontraba prohibida de otorgar tal competencia a la Municipalidad de Centro Poblado de Chacaybamba, por lo que habiéndose afectado la autonomía económica y administrativa en los asuntos de competencia de la Municipalidad Distrital de Monobamba, Jauja, Junín, resulta inconstitucional el extremo de la Ordenanza 025-206/MPJ que así lo establece”.

Por su parte el Tribunal Fiscal, en la RTF N° 11231-7-2009, que recoge el Acuerdo de Sala Plena contenida en la Acta de Reunión de Sala Plena N° 2009-20, del 27 de octubre de 2009, estableció como precedente de observancia obligatoria que “Las municipalidades de centros poblados no tienen competencia para administrar el Impuesto Predial que corresponda a los predios que se encuentren ubicados dentro de su ámbito

territorial”. Los argumentos del Tribunal Fiscal recogen los argumentos vertidos por el TC, complementándolos con los siguientes:

“Si bien de acuerdo con el artículo 128 de la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N° 27972 la ordenanza de la municipalidad provincial que crea la municipalidad de centro poblado determina, entre otros, sus atribuciones administrativas y económico tributarias, estas no pueden estar referidas a la calidad de acreedor tributario del Impuesto Predial ni a su administración, pues les corresponde a las municipalidades distritales, interpretación que es acorde con lo provisto por la Carta Magna.

En efecto, conforme con el artículo 74 de la Constitución la potestad tributaria de los gobiernos locales está referida a la creación, modificación, supresión o exoneración de contribuciones y tasas, dentro de su jurisdicción, y con los límites que señala la ley, esto es, la Ley Orgánica de Municipalidades y la Ley de Tributación Municipal, que integran el bloque de la constitucionalidad como parámetro de control de la producción normativa municipal. Como se aprecia, respecto de los impuestos los gobiernos locales no cuentan con potestad tributaria, y por lo tanto, no pueden, sin infringir la norma constitucional, modificar a través de sus ordenanzas la regulación que acerca de ellos prevé la Ley de Tributación Municipal, lo que está fuera de su alcance en aplicación del principio de competencia.

En ese sentido, si las atribuciones que pueden otorgarse a las municipalidades de centros poblados son las previstas por la ordenanza municipal de su creación y la potestad tributaria de los gobiernos locales excluye la posibilidad de regular aspectos relacionados con los tributos del tipo impuesto, dicha ordenanza no podrá válidamente conferir a tales municipalidades la calidad de acreedor del Impuesto Predial ni su administración, pues ello implicaría una modificación a lo establecido por la Ley de Tributación Municipal, respecto de lo cual no tiene competencia.

Ello es concordante con lo establecido por los citados artículos 52 y 54 del Código Tributario en el sentido que los gobiernos locales administran por excepción los impuestos que la ley les asigna y que ninguna otra autoridad, organismo, ni institución, distinto a los señalados por el citado Código, podrá ejercer las facultades conferidas a los órganos administradores de tributos, bajo responsabilidad.

Por otro lado, una ordenanza provincial que contenga una disposición de tal naturaleza, esto es, que otorgue a las municipalidades de centros poblados las atribuciones mencionadas respecto del Impuesto Predial, implicaría además la afectación de los recursos que constituyen rentas de las municipalidades distritales, y por tanto, una vulneración a la dimensión económica de su autonomía municipal definida por el numeral 9.3) del artículo 9 de la Ley de Bases de la Descentralización^(*).

(*) Esta norma la define como la facultad de crear, recaudar y administrar sus rentas e ingresos propios y aprobar sus presupuestos institucionales conforme a la Ley de Gestión Presupuestaria del Estado y las leyes anuales de presupuesto, siendo que su ejercicio supone reconocer el derecho a percibir los recursos que les asigne el Estado para el cumplimiento de sus funciones y competencias.

En esta línea interpretativa se explica que el artículo 133 de la Ley Orgánica de Municipalidades prevea expresamente la posibilidad de que se atribuya a las municipalidades de centros poblados la facultad de cobrar los Arbitrios que corresponda por la prestación de los servicios públicos que realicen, pues estos constituyen tasas locales que se pagan por la prestación o mantenimiento de un servicio público individualizado en el contribuyente.

Por lo expuesto, cabe concluir que las municipalidades de centros poblados no son competentes para administrar el Impuesto Predial que corresponda a los precios que se encuentren ubicados dentro su ámbito territorial”.

Si bien los fundamentos sostenidos por ambos órganos son contundentes, no resuelven un hecho gravitante, cual es que el impuesto predial ya viene siendo recaudado por muchas municipalidades de centros poblados y que constituyen su principal fuente de ingreso. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la razón de ser de las municipalidades de centros poblados es su lejanía o desconexión con la municipalidad distrital, lo que en la práctica facilita que los pobladores cumplan con su obligación tributaria en la forma menos gravosa posible.

Por tanto, si bien mediante una Ordenanza provincial de creación o de adecuación, no se puede delegar la facultad de que una municipalidad de centro poblado recaude el impuesto predial, nada impide para que la municipalidad distrital, en el ejercicio de su autonomía, lo delegue vía convenio, con base en el art. 76 de la LOM.

ARTÍCULO 134.- RESPONSABILIDAD EN EL USO DE LOS RECURSOS

La utilización de los recursos transferidos es responsabilidad de los alcaldes y regidores de los centros poblados.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Arts. 10, 20, 21, 128, 133



COMENTARIO

La utilización de los recursos es responsabilidad de los alcaldes y regidores de centros poblados, de allí la obligación de rendir cuenta mensualmente de los recursos transferidos, lo que engloba los recursos que recauden por delegación, tal como lo dispone la última parte del art. 133 de la LOM.

Además, existirá responsabilidad de los alcaldes y gerentes municipales (provinciales y distritales) de la oportunidad y el cumplimiento de las condiciones para la transferencia, la que se efectuará previa evaluación de los costos que demande la ejecución del servicio o función delegada; así como se debe tener en cuenta la densidad poblacional del centro poblado. Muchas veces la transferencia se efectúa sin tener en cuenta la proporción de población, sino que se otorga lo mismo a todos los centros poblados de una jurisdicción, lo que constituye una transgresión a la norma.

Con respecto a la rendición de cuentas, no existe una norma o disposiciones específicas para el caso de las municipalidades de centros poblados, por lo que deben seguirse los lineamientos de las normas generales del sistema de tesorería y presupuesto para el caso de los gobiernos locales.

La rendición de cuentas se efectuará ante la municipalidad provincial o distrital de la cual recibe los recursos correspondientes.

ARTÍCULO 135.- LIMITACIONES

No se pueden dictar ordenanzas de creación de municipalidades de centro poblado durante el último año del periodo de gestión municipal.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Arts. 128, 134



COMENTARIO

Es una norma que limita el poder de las municipalidades provinciales y tiene como objetivo que en la creación de este tipo de municipalidades, primen las razones técnicas y el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por la LOM; asimismo, busca que la creación de las municipalidades de centros poblados no sean parte de la campaña política en pro de la elección o reelección de las autoridades municipales.

Este no impide, naturalmente, el inicio de los trámites para la creación de una municipalidad de centro poblado, que podrá iniciarse el último año del periodo de gestión municipal.

CAPÍTULO II

LAS MUNICIPALIDADES FRONTERIZAS

SUBCAPÍTULO ÚNICO

DEFINICIÓN, PARTICIPACIÓN E INTEGRACIÓN

ARTÍCULO 136.- DEFINICIÓN

Las municipalidades de frontera son aquellas que funcionan en las provincias o los distritos limítrofes con un país vecino, por lo cual no puede tener la condición de municipio de frontera una provincia o distrito que no tenga esa condición aun cuando pertenezca a la misma región.

CONCORDANCIAS:

Const. Art. 198
Ley N° 27972 Arts. 2, 3



COMENTARIO

El art. 198 de la Constitución (modificada por la Ley N° 27680) y el art. 2 de la LOM establecen que Lima tienen un régimen especial en las leyes de descentralización y en LOM, y que las municipalidades de frontera tienen, asimismo, régimen especial en la LOM. La redacción original de la Constitución (art. 196) precisaba que tienen especial régimen las capitales de departamentos de ubicación fronteriza.

A partir de la modificación constitucional que hemos dejado señalado, y por las disposiciones de la vigente LOM, se da otra connotación a las municipalidades fronterizas, determinando que son **aquellas que funcionan en las provincias o distritos limítrofes con un país vecino**, por lo tanto **no puede tener la condición de municipalidad de frontera una provincia o distrito que no tenga esa condición aun cuando pertenezca a la misma región**. Será la colindancia física con los países limítrofes, y no la importancia o ubicación de la municipalidad dentro de un departamento, lo que le da el carácter de fronteriza. Téngase en cuenta también el art. 3 de la LOM, que establece que son fronterizas, las municipalidades que funcionan en las capitales de provincia y distritos ubicados en zona de frontera (es decir, zona limítrofe).

El sistema jurídico peruano contiene otras disposiciones de tratamiento diferenciado de las zonas de frontera, por cuestiones de seguridad y con la finalidad de reforzar la unidad e identidad nacionales, pero también a causa de la postergación secular con que se afecta a estas zonas. Así, el art. 71 de la Constitución establece que dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras los extranjeros no pueden adquirir ni poseer, por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido. Se exceptúa el caso de necesidad pública expresamente declarada por decreto supremo aprobado por el Consejo de ministros conforme a ley. La Ley N° 26864 - Ley de Elecciones municipales, en su art. 7 señala que los extranjeros pueden elegir y ser elegidos, salvo en las municipalidades de frontera.

Tratamiento especial de demarcación territorial en zonas de frontera

El Decreto Supremo N° 019-2003-PCM, Reglamento de la Ley N° 27795 - Ley de Demarcación Territorial, en su art. 29 señala lo siguiente:

“Los expedientes de demarcación territorial en zonas de frontera u otros de interés nacional, tendrán un tratamiento prioritario y especial, propendiendo siempre la integración fronteriza, el desarrollo e integración de la Región y del país, así como la seguridad nacional y la intangibilidad del territorio. Son de competencia de la Presidencia del Consejo de Ministros a través de su DNTDT:

- a) Las zonas de frontera son los distritos localizados en el perímetro fronterizo, y en casos especiales aquellas circunscripciones bajo influencia de frontera política, las cuales serán determinadas por la Presidencia del Consejo de Ministros a través de la DNTDT, en coordinación con los órganos competentes de los Ministerios de Relaciones Exteriores, de Defensa y del Interior, así como de los Gobiernos Regionales.
- b) En los casos de creación de circunscripciones distritales y provinciales en zonas de frontera se podrán obviar los requisitos de población e infraestructura de servicios básicos, previa opinión de los Ministerios de Relaciones Exteriores, de Defensa y del Interior. Asimismo, para estos casos no serán aplicables los estudios de diagnóstico y zonificación, a los que se refiere la Ley y el presente Reglamento.
- c) Los expedientes de las acciones de demarcación territorial en zonas de frontera u otras de interés nacional son tramitados sin excepción por la Presidencia del Consejo de Ministros a través de la Dirección Nacional Técnica de Demarcación Territorial, conforme a Ley. Corresponde a los Órganos Técnicos de Demarcación Territorial, así como a las demás entidades requeridas, proporcionar la información técnico-geográfica y cartográfica u otras que se requiera en un plazo no mayor de treinta (30) días hábiles, de cursada la solicitud”.

ARTÍCULO 137.- INTEGRACIÓN

Las municipalidades de frontera pueden celebrar convenios y protocolos de integración entre sí y con sus similares nacionales, con la asistencia técnica del Consejo Nacional de

Descentralización, e internacionales, en este último caso con participación del Ministerio de Relaciones Exteriores, con el objeto de promover el intercambio de experiencias sobre la gestión municipal y planes de desarrollo conjunto, así como brindar o recibir apoyo financiero y asistencia técnica.

CONCORDANCIAS:

Const. Art. 198
Ley N° 27783 Art. 24
Ley N° 27972 Art. 9:26)



COMENTARIO

El art. 24 de la Ley de Bases de la Descentralización precisa que es función del Consejo Nacional de Descentralización (CND) promover la integración regional y su fortalecimiento, por lo tanto, prestará asistencia técnica en los convenios de integración entre las municipalidades de frontera. Para el caso de los convenios internacionales, será necesario el concurso del Ministerio de Relaciones Exteriores.

En un documento del Banco de Proyectos de Integración y Desarrollo Fronterizo - BPIF (unidad de gestión de la Secretaría General de la Comunidad Andina (SG-CAN), que tiene la responsabilidad de impulsar la realización de proyectos de integración y desarrollo fronterizo, se analiza la importancia de la integración, al resolver la siguiente interrogante: ¿Por qué son importantes las fronteras para la integración andina? Señalan:

“En un contexto internacional signado por la interdependencia cada vez más acentuada entre países y bloques económicos, las fronteras asumen una renovada importancia y prioridad para cualquier país y proceso de integración, particularmente para los países de la Comunidad Andina, porque pueden contribuir lo siguiente:

1. Superar los desequilibrios regionales de desarrollo

En su mayor parte, las fronteras andinas son espacios marginales, periféricos, débilmente integrados o carentes de integración con cada economía y sociedad nacional, debido, entre otras razones, a la secular vigencia de modelos de desarrollo centralistas.

En esa perspectiva, el desarrollo fronterizo debe ser asumido como un objetivo nacional, en el marco de los esfuerzos de lucha contra la pobreza y por el logro de un desarrollo sostenible.

2. Afianzar los procesos de integración

Las fronteras intraandinas necesitan ser acondicionadas para cumplir eficientemente el papel de puntos de articulación de las cinco sociedades y economías nacionales, de modo de operar como una suerte de ‘bisagras’ que faciliten los intercambios culturales, laborales, comerciales y otros, entre países limítrofes.

En esta perspectiva, es importante que los proyectos a ser promovidos por el BPIF no traduzcan exclusivamente una visión 'metropolitana' de la frontera (de agentes externos de esta) y contribuyan a superar las distorsiones presentes en ella, propiciando también la generación de oportunidades de empleo productivo, el incremento y diversificación de la oferta de servicios originarios de la zona y la incorporación de producciones y servicios locales a las corrientes de intercambio bilateral, andino e internacional.

Solo entonces podrá reconocerse a las fronteras un papel activo en el proceso de construcción del espacio socioeconómico ampliado andino y, en sentido inverso, un aporte a la integración andina en favor de la modernización, diversificación y crecimiento de las sociedades y economías fronterizas.

3. Articular a la Comunidad Andina con el contexto internacional

En una perspectiva geográfica más amplia, es importante identificar el papel que podrían cumplir las fronteras en los esfuerzos por expandir y diversificar la oferta de bienes y servicios de los países del CAN, de modo de mejorar los términos de la participación de la subregión, en su conjunto, en la economía internacional y en el contexto de la globalización económica.

En la necesaria apertura hacia el mundo, algunos corredores comerciales y ejes de desarrollo, que articulan regiones interiores de los países andinos con los puertos subregionales sobre los océanos Pacífico y Atlántico, deben permitir que sus territorios fronterizos se consoliden como verdaderos espacios-encrucijada, aprovechando su posición geográfica privilegiada⁽¹⁹⁰⁾.

ARTÍCULO 138.- PARTICIPACIÓN EN EL FONDO DE DESARROLLO DE FRONTERAS

Las municipalidades de frontera participan de la distribución de los recursos del Fondo de Desarrollo de Fronteras, que se crea por ley, la cual establece la forma en que se financia, y que tiene por finalidad prioritaria la implementación de planes de desarrollo sostenido de las fronteras.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Arts. 136, 137

Ley N° 29778 Art. 1



COMENTARIO

Para la aplicación de este artículo debe estarse a lo dispuesto por la Ley N° 29778 - Ley Marco para el Desarrollo e Integración Fronteriza, que define los espacios de frontera; establece los mecanismos de formulación, coordinación,

(190) BANCO DE PROYECTOS DE INTEGRACIÓN Y DESARROLLO FRONTERIZO (BPIF). *Desarrollo fronterizo*. <<http://www.comunidadandina.org/fronterizo/banco.htm>>.

ejecución y seguimiento de la Política Nacional de Desarrollo e Integración Fronterizas, que es parte constitutiva de la Política Exterior y de la Política Nacional de Desarrollo; y regula el Sistema Nacional de Desarrollo de Fronteras e Integración Fronteriza. Es decir, establece el desarrollo de fronteras e integración fronteriza como política de Estado con participación de los niveles de Gobierno Nacional, gobierno regional y gobierno local, siendo de cumplimiento obligatorio para todas las entidades del Sector Público.

También debe tenerse en cuenta el Reglamento de la Ley N° 29778, aprobado por D.S. N° 019-2013-RE.

TÍTULO XI

LA PROMOCIÓN DEL DESARROLLO MUNICIPAL EN ZONAS RURALES

CAPÍTULO ÚNICO

DEFINICIÓN, COMPETENCIAS Y DESARROLLO DE MUNICIPIOS EN ZONAS RURALES

ARTÍCULO 139.- DEFINICIÓN

Las municipalidades ubicadas en zonas rurales son las que funcionan en capitales de provincia o distrito cuya población urbana no es mayor que el 50 % (cincuenta por ciento) de su población total. Tienen a su cargo la promoción del desarrollo integral, particularmente el desarrollo rural sostenible.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Arts. 9:5), 73, 78, 79, 80, 96, 140

Ley N° 27908 Art. 1



COMENTARIO

Las municipalidades de zonas rurales no tienen un régimen especial como el caso de las municipalidades fronterizas, pero la LOM ha previsto dotarles de una regulación propia (**condiciones especiales**, como señala el art. 140 de la LOM), obedeciendo a sus condiciones particulares, problemas, prioridades y necesidades propias, además del hecho que las municipalidades rurales son mayoritarias en el Perú (71 %).

Las zonas rurales del país sufren graves problemas como la pobreza extrema⁽¹⁹¹⁾, falta de políticas de desarrollo, postergación del agro, falta de financiamiento por parte del Estado, que demandan una acción inmediata del gobierno, y dentro de esta perspectiva, es mucho lo que pueden aportar las municipalidades rurales. Estas municipalidades perciben muy bajos recursos, a diferencia de las ubicadas en zonas urbanas, que pueden percibir ingresos por arbitrios, licencias, derechos, etc.

(191) "En el área rural del Perú los niveles de pobreza son severos y mayores que en el resto del país. En no pocos casos, esos niveles llegan alcanzar cifras superiores al 80 % del total de la población. Por lo mismo, ninguna política ni estrategia nacional que pretenda combatir la pobreza, puede estar desligada de la problemática rural: productividad, créditos, manejo de suelos, infraestructuras, comercialización de los productos agropecuarios, sequías y desastres naturales, entre otros". CASTRO POZO DÍAZ, Hildebrando. *Las municipalidades rurales: problemática y propuestas*. julio, 2005. En: <http://www.care.org.pe/websites/fortalece/Publicaciones/problematica_propuestas.pdf>.

Definición de las municipalidades rurales

Este artículo define a las municipalidades rurales como aquellas que funcionan en capitales de provincia o distrito cuya población urbana no es mayor que el 50 % de la población total. Es decir, para saber si su condición es rural, su centro urbano principal (capital de provincia o distrito) debe tener una población que no supere el 50 % de la población total de la provincia o distrito. La Red de Municipalidades Urbanas y Rurales (Remurpe) nos brinda el siguiente esclarecedor ejemplo:

“Si un distrito X tiene una población de cinco mil (5000) habitantes y tiene 4 zonas o centros poblados y se distribuyera de la siguiente manera:

Zona 1: 1500 habitantes

Zona 2: 500 habitantes

Zona 3: 2000 habitantes (capital)

Zona 4: 1000 habitantes

Donde la zona 3 es su sede principal, capital o espacio urbano, que realizando su porcentaje con respecto a la población tendríamos que tienen solo un 40 % de la población total, es decir dicho distrito sería un municipio rural⁽¹⁹²⁾”.

El Decreto Supremo N° 019-2003-PCM - Reglamento de la Ley N° 27795 - Ley de Demarcación Territorial, en su art. 4 señala que se entiende por capital al “centro poblado o núcleo urbano en el cual se instala la sede administrativa de un gobierno local o regional. En provincias de gran dinámica urbana, el distrito cercado es sede de los gobiernos municipales”. El mismo dispositivo, en su art. 4 inc. o), define como zonas de frontera “a la circunscripción política administrativa de nivel distrital, localizada en el perímetro fronterizo, cuyos límites coinciden con los límites internacionales de la República. En situaciones especiales se considera a la provincia, que se encuentra bajo influencia de la frontera política”.

Llama la atención que la definición de municipalidad de zona rural, se base exclusivamente en el carácter poblacional e incidiendo sobre el porcentaje de población urbana de la capital; hubiese sido mejor tener en cuenta también otros elementos como la actividad económica preponderante en la zona, las actividades agrarias y/o agropecuarias, etc. Pero queda claro que para la LOM basta el criterio de densidad poblacional, en los términos que ha quedado antes explicado.

Sin embargo, este artículo debe concordarse con lo regulado por la Ley N° 28298 - Ley Marco para el Desarrollo Económico del Sector Rural, cuyo art. 3 señala lo siguiente:

“Definición de Sector Rural y ámbito de aplicación de la Ley:

3.1 El Sector Rural, a efectos de la presente Ley, se define y está conformado, de manera sistémica e interrelacionada, por los siguientes campos de actividad realizados fuera del ámbito de las ciudades con más de 2000 habitantes a nivel nacional:

(192) REMURPE. “Municipalidades Rurales. ¿Cuáles son los distritos o municipalidades rurales del Perú?”. En: <<http://www.remurpe.org.pe/component/content/article/33-varios/139-municipalidades-rurales>>.

- a) Sector Agropecuario, tipificado de acuerdo a la División 01 de la Clasificación Internacional Industrial Uniforme, revisión tercera, de la Organización de Naciones Unidas. En el caso del cultivo de arroz el ámbito de aplicación se limita a la Selva.
- b) Sector Forestal, tipificado de acuerdo a la División 02 de la Clasificación Internacional Industrial Uniforme, revisión tercera, de la Organización de Naciones Unidas.
- c) Sector Pesca Artesanal y Acuicultura, tipificado de acuerdo a la División 05 de la Clasificación Internacional Industrial Uniforme, revisión tercera, de la Organización de Naciones Unidas.
- d) Sector Turismo Rural y Ecológico, tipificado de acuerdo a la División 55 de la Clasificación Internacional Industrial Uniforme, revisión tercera, de la Organización de Naciones Unidas. Se incluye el desarrollo de los distintos tipos de turismo de operación: arqueológico, cultural, investigación, aventura, ecológico y de salud.
- e) Sector Industrial, tipificado de acuerdo a las actividades comprendidas desde la División 15 hasta la División 37 de la Clasificación Internacional Industrial Uniforme, revisión tercera, de la Organización de Naciones Unidas. Este sector comprende a la artesanía.
- f) Sector Comercial, tipificado de acuerdo a las Divisiones 50, 51 y 52 de la Clasificación Internacional Industrial Uniforme, revisión tercera, de la Organización de Naciones Unidas”.

Listado de municipalidades rurales

La novena disposición complementaria de la LOM establece que: “Mediante decreto supremo, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, se aprobará el listado de las municipalidades rurales”.

Dando cumplimiento, se ha emitido el D.S. N° 090-2011-PCM que aprueba el listado de municipalidades rurales del Perú, publicado el 3 de diciembre de 2011. Existe un error en el primer considerando de este dispositivo, al señalar que el Título XI de la LOM establece un régimen especial para las municipalidades ubicadas en zonas rurales. Esto no es cierto, las únicas que tienen régimen especial por disposición del art. 198 de la Constitución y el art. 3 de la LOM, son la Municipalidad Metropolitana de Lima y las municipalidades de frontera. Lo que se ha reglamentado en el presente Título XI de la LOM son condiciones especiales, como expresamente dice la parte final del art. 140.

Desarrollo rural sostenible

La última parte de este artículo señala que las municipalidades ubicadas en zonas rurales tienen a su cargo la promoción del desarrollo integral, particularmente el desarrollo rural sostenible.

En este objetivo, debe seguirse los lineamientos establecidos en la Ley N° 28298 - Ley Marco para el Desarrollo Económico del Sector Rural. Esta ley –establece su art. 1–, tiene carácter sistémico, establece el marco normativo de apoyo y promoción al sector

rural para generar empleo productivo y sostenible, elevar los niveles de competitividad y rentabilidad, mejorar la calidad de vida en las familias del campo, aumentar el acceso de las empresas rurales a los mercados e insertarlos en la economía global, se inscribe en un marco estratégico concertado que armoniza las dimensiones sectoriales y regionales, influye en la distribución espacial de la población y busca superar los problemas de pobreza en el sector rural. Y tiene como objetivos específicos:

- a) Promover la agrupación de unidades productivas del sector rural para que constituyan Empresas Productivas Capitalizadas (EPC) y con base en su respaldo patrimonial accedan a esquemas modernos de financiamiento, y a través de alianzas estratégicas y desarrollo de cadenas productivas estructuren proyectos y/o programas productivos; con el soporte adecuado de gerencia y asistencia Técnica o la integración a la industria y el comercio; puedan por economía de escala reducir sus costos y elevar su productividad, logrando niveles de competitividad que garanticen la colocación de sus productos sostenidamente en los mercados locales y de exportación.
- b) Apoyar las actividades primarias del sector rural para que se integren en la cadena productiva, incorporando tecnología y gestión empresarial, así como la participación patrimonial de empresas primarias con industrias o comercios o servicios empresariales, para dar mayor valor agregado a la producción eficiente que haga competitiva la operación empresarial y lograr el equilibrio de beneficios entre los participantes en función de sus respectivas exposiciones al riesgo.
- c) Propiciar y promover para las empresas del sector rural una gestión gerencial y asistencia técnica Integral que sea consistente, coherente y segura; desde la concepción y formulación de los proyectos y/o programas productivos, la gestión administrativa, logística, técnico-operativa y comercial; así como, la administración de los riesgos involucrados en las iniciativas productivas generadoras de empleo, desde la identificación, análisis, evaluación, financiamiento, transferencia y acompañamiento, hasta el control de todos los riesgos involucrados.
- d) Facilitar el acceso al financiamiento de los proyectos y programas productivos propuestos por las EPC, con nuevos instrumentos de crédito que permitan reducir las tasas de interés y el riesgo crediticio.
- e) Mejorar la calidad de vida rural y el respeto por la diversidad cultural y los espacios comunales y nativos, para promover una mejor distribución espacial de la población y los beneficios económicos.

Otros dispositivos de la LOM sobre zonas rurales

Otras normas que conciernen a las municipalidades rurales en la LOM son: atribución del Concejo Municipal de aprobar el Plan de Desarrollo Rural (arts. 9 inc. 5, 78 y 79), organización del catastro e infraestructura urbana y rural (art. 73), promoción de la generación de empleo y el desarrollo de la micro y pequeña empresa urbana o rural (art. 73), saneamiento, salubridad y salud en las zonas rurales (art. 80), la conservación de la tipicidad panorámica como causal de expropiación (art. 96).

ARTÍCULO 140.- COMPETENCIAS Y TRANSFERENCIAS

Corresponden a las municipalidades ubicadas en zonas rurales, en lo que les sea aplicable, las competencias, atribuciones, funciones, responsabilidades, derechos, deberes y obligaciones que conforme a esta ley corresponden a las municipalidades provinciales y distritales, según el caso, además de las condiciones especiales que establece el presente título.

La condición de municipalidad ubicada en zona rural es considerada para efecto de la distribución del FONCOMUN, canon u otras transferencias de recursos a favor de ellas.

CONCORDANCIAS:

Const. Art. 195:6)
Ley N° 27972 Arts. 73, 80, 82, 83, 84, 85, 86



COMENTARIO

Las municipalidades de zonas rurales no constituyen un tipo de municipalidades. Son gobiernos locales provinciales o distritales que por su particular condición de albergar población mayoritariamente rural merecen una atención especial, por la importancia que el desarrollo rural tiene dentro del objetivo del desarrollo general del país y por la urgencia de luchar contra la pobreza, que en su mayoría se ubica en este sector de la población. Por tanto, las competencias, atribuciones, funciones, responsabilidades, derechos, deberes y obligaciones, serán las que le competen a las municipalidades provinciales y distritales, en los que le sea aplicable de acuerdo a su condición de zona rural. A dichas competencias generales, se suman las competencias adicionales que señala el art. 141 de la LOM.

Jaime de Althaus, con respecto a las funciones vinculadas al desarrollo rural, señala la necesidad de

“(...) dividir el trabajo entre el Ministerio de Agricultura y sus instituciones, y los gobiernos locales, sobre todo en lo que se refiere a la reconstrucción de los recursos naturales (agua y suelo) y a la potenciación de las ferias semanales. Una vez definida las funciones respectivas, debe procederse a la transferencia de funciones, si hay lugar, o a la capacitación de las municipalidades y al establecimiento de mecanismos de coordinación y apoyo por parte del sector.

Debe establecerse las formas en que las comunidades campesinas se conviertan en unidades de planificación agropecuaria. Ellas son gobiernos locales agrarios no reconocidos como tales. De otro lado, los programas microrregionales debieran incorporar en su directorio a los alcaldes y debieran tener un calendario de transferencias de los servicios que generan las municipalidades. El fortalecimiento municipal deber ser uno de sus objetivos⁽¹⁹³⁾.

(193) DE ALTHAUS GUARDERAS, Jaime. *Realidad de las municipalidades en el Perú. Bases para una política de descentralización y fortalecimiento municipal*. Instituto Latinoamericano de Promoción Comunal y Municipal, Fundación Friedrich Ebert, Lima, 1986, p. 63.

ARTÍCULO 141.- COMPETENCIAS ADICIONALES

Las municipalidades ubicadas en zonas rurales, además de las competencias básicas, tienen a su cargo aquellas relacionadas con la promoción de la gestión sostenible de los recursos naturales: suelo, agua, flora, fauna, biodiversidad, con la finalidad de integrar la lucha contra la degradación ambiental con la lucha contra la pobreza y la generación de empleo; en el marco de los planes de desarrollo concertado.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972	Art. 73
D.Leg. N° 613	Arts. 3, 6, 9, 60, 82
D.S. N° 065-2004-PCM	Art. 1



COMENTARIO

Para el ejercicio de estas competencias deben seguirse los lineamientos establecidos en el documento denominado “Estrategia Nacional de Desarrollo Rural”, aprobado mediante Decreto Supremo N° 065-2004-PCM, que establece elementos para la formulación de una política de desarrollo rural, basados en:

1. Impulsar una economía rural competitiva, diversificada y sostenible,
2. Promover el acceso a activos productivos para los grupos rurales,
3. Proveer adecuada y suficiente infraestructura económica en apoyo de la producción rural,
4. Proveer servicios dirigidos a mejorar la calidad de vida de la población rural y las alternativas de empleo,
5. Promover y fomentar el manejo sostenible y la conservación de los recursos naturales y proteger el patrimonio ambiental y cultural,
6. Impulsar una gestión integral de prevención, mitigación y rehabilitación en la producción e infraestructura rural,
7. Promover las capacidades del poblador rural y el capital social en el campo,
8. Promover la inclusión social,
9. Auspiciar el cambio institucional que cree condiciones para el desarrollo rural.

ARTÍCULO 142.- ESTRUCTURA ADMINISTRATIVA

Las municipalidades ubicadas en zonas rurales no están obligadas a adoptar la estructura administrativa básica que señala la presente ley, sin que ello suponga que no se deban ejercer las funciones previstas.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Arts. 9, 20, 28, 73-87



COMENTARIO

El art. 28 de la LOM señala que la estructura orgánica básica de las municipalidades comprende a la gerencia municipal, el órgano de auditoría interna, la procuraduría pública municipal, la oficina de asesoría jurídica y la oficina de planeamiento y presupuesto. Dicha estructura está de acuerdo a su disponibilidad económica y los límites presupuestales asignados para el gasto corriente. Los demás órganos de línea, apoyo y asesoría se establecen conforme lo determina cada gobierno local.

Señala este artículo que las municipalidades de zonas rurales no están obligadas a adoptar la estructura básica a que hemos hecho referencia. Pero sí están obligadas a cumplir con las funciones asignadas a los gobiernos locales en sus arts. 73 al 87 de la LOM, en lo que les sea aplicable, como señala el art. 140.

Lo que se busca es que por su particularidad, las municipalidades de zonas rurales adopten una estructura más adecuada a sus condiciones específicas, ya que dentro del grupo de municipalidades rurales existen diferencias, que deben tenerse en cuenta. Como señala Hildebrando Castro Pozo Díaz:

“En este estudio hemos verificado que en el país existen hasta tres subtipos de municipalidades rurales, los cuales no solamente se refieren al aspecto poblacional, sino a los servicios que atiende cada municipalidad y la infraestructura, equipamiento y personal con que cuentan.

Un subtipo de municipalidad rural es aquella que tiene una población superior a 8 000 habitantes, cuenta con más de 25 servidores municipales y en casi todos los casos están dotadas de equipos de computación, internet y telefonía. Generalmente, tienen un presupuesto anual superior a los 4 millones de soles y un rango de ingresos propios que alcanza hasta el 10 % de su presupuesto.

Otro subtipo de municipalidad rural se presenta en aquellas con más de 3000 pobladores y que tienen entre 8 a 24 servidores municipales. La mayoría cuenta con servicios de telefonía y equipos de cómputo, además de un presupuesto anual de entre 1 a 3 millones de soles, aunque sus ingresos propios no llegan al 5 % de su presupuesto anual.

El tercer subtipo de municipalidades rurales tiene menos de 3000 pobladores, cuentan con un máximo 7 servidores municipales, pero no disponen de equipos de cómputo y telefonía. En estos casos, su presupuesto no sobrepasa el millón de soles anuales y prácticamente no tiene ingresos propios.

Es obvio referir que las estructuras administrativas, dada esta diferenciación existente, no pueden ser las mismas para cada subtipo de municipalidades rurales, por lo que cada una debe adoptar estructuras administrativas tipos.

Es característica general en las municipalidades rurales su bajo nivel de organización interna, lo cual en muchos casos lleva a centralizar las actividades y roles municipales en la figura del alcalde. Al contar con escaso personal, cada municipalidad adecua una estructura orgánica, distinguiéndose solamente la

Alcaldía, la Secretaría como órgano de apoyo y las oficinas de Registro Civil, Tesorería. En algunos casos, cuentan con una Biblioteca⁽¹⁹⁴⁾.

Desde otra óptica, también se ha cuestionado la deficiente organización administrativa en este tipo de municipalidades. Tomemos la conclusión 13.1 del trabajo de Jaime de Althaus, que grafica el panorama: "Municipalidades pequeñas de base rural. (...) No tienen, quizá porque no necesitan, organigramas ni reglamentos de organización y funcione ni cuadros de asignación de personal. (...) La asistencia técnica a este tipo de municipalidad no debe centrarse en aplicar modelos de organigramas, reglamentos y procedimientos diseñados en Lima, sino transmitir una 'actitud' de organización, de método, de planificación, de coordinación, de trabajo en equipo, de definición consensual de objetivos, de participación, que es muy baja. Transmitir una forma de hacer un plan sencillo que simplemente defina objetivos generales y ordene necesidades y prioridades. (...) Fomentar el potencial de movilización de mano de obra para la ejecución de la obra. Transmitir tecnologías adaptadas e intermediarias para la ejecución de la obra local"⁽¹⁹⁵⁾.

ARTÍCULO 143.- ÓRGANO DE CONTROL INTERNO

Las Municipalidades ubicadas en zonas rurales que no cuenten con órganos de control interno a efectos del control gubernamental, deberán sujetarse a las disposiciones específicas que para tal efecto emita la Contraloría General de la República.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Arts. 30, 142

Ley N° 27785 Arts. 3.b), 16



COMENTARIO

Este artículo parte de reconocer la realidad de las municipalidades rurales, cuya capacidad organizativa administrativa es muy débil, encargándole a la Contraloría General de la República la elaboración de disposiciones específicas para el control de este tipo de municipalidades.

Su fundamento es el mismo que contiene al art. 142 de la LOM.

(194) CASTRO POZO DÍAZ, Hildebrando. *Las municipalidades rurales: problemática y propuestas*. Ob. cit.

(195) DE ALTHAUS, Jaime. Ob. cit., p. 66.

ARTÍCULO 144.- PARTICIPACIÓN VECINAL

Para efectos de la participación vecinal, las municipalidades ubicadas en zonas rurales deben promover a las organizaciones sociales de base, vecinales o comunales, y a las comunidades nativas y afroperuanas, respetando su autonomía y evitando cualquier injerencia que pudiera influir en sus decisiones, en el marco del respeto a los derechos humanos. Deben igualmente asesorar a los vecinos, a sus organizaciones sociales y a las comunidades campesinas en los asuntos de interés público, incluyendo la educación y el ejercicio de los derechos humanos.

Las municipalidades garantizarán la convocatoria a las comunidades nativas y afroperuanas para las sesiones del concejo municipal, bajo responsabilidad.

CONCORDANCIAS:

Const. Art. 197
Ley N° 27972 Arts. 9:34), 111, 112



COMENTARIO

La participación ciudadana es sin duda un mecanismo de gran trascendencia en las municipalidades rurales, considerando que ya conviven con relaciones participativas tradicionales y que deben ser profundizadas.

Además de las disposiciones propias de la participación ciudadana a que se refieren los arts. 9 inc. 34, 111 y 112 de la LOM, este artículo señala algunas atribuciones singulares de la participación en el ámbito rural, estableciendo que estas municipalidades deben:

- Promover las organizaciones sociales de base, vecinales o comunales.
- Promover a las comunidades nativas y afroperuanas, respetando su independencia en la toma de decisiones, e irrestricto respeto a los derechos humanos. Se exige además la convocatoria de estas comunidades a las sesiones de concejo, bajo responsabilidad del alcalde o del Concejo.
- Asesorar a los vecinos, a sus organizaciones sociales y a las comunidades campesinas en asuntos de interés público, incluyendo la educación.
- Asesorar a los vecinos, organizaciones sociales y comunidades en el ejercicio y defensa de los derechos humanos.

ARTÍCULO 145.- SEGURIDAD CIUDADANA

Para la elaboración del sistema de seguridad ciudadana se convocará y concertará con las organizaciones sociales, vecinales o comunales, las rondas urbanas y campesinas, los comités de autodefensa y las comunidades campesinas, nativas y afroperuanas.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Art. 85

Ley N° 27933 Art. 1
D.S. N° 012-2003-IN Art. 1

 **COMENTARIO**

Las zonas rurales tienen una dinámica de vida distinta a la zona urbana (por ejemplo, los actos delictivos se incrementan en temporadas de cosecha), por lo que la norma señala que en el caso de las municipalidades de zonas rurales, **para la elaboración del Sistema de Seguridad Ciudadana** se convocará y concertará con las organizaciones sociales, vecinales o comunales, comunidades campesinas, nativas y afroperuanas, las rondas urbanas y campesinas y los comités de autodefensa.

Este artículo no limita la aplicación del art. 85 de la LOM ni de la Ley N° 27933 - Ley del Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana y su reglamento - D.S. N° 012-2003-IN.

ARTÍCULO 146.- ASIGNACIÓN PRIORITARIA Y COMPENSATORIA DE FONCOMUN

Las municipalidades ubicadas en zonas rurales tienen asignación prioritaria y compensatoria de los recursos del Fondo de Compensación Municipal.

CONCORDANCIAS:

Const. Art. 196: 5)
D.S. N° 156-2004-EF Art. 86
Ley N° 29332 Art. 4

 **COMENTARIO**

El inc. 5 del art. 196 de la LOM señala que son rentas de las municipalidades: “Los recursos asignados del Fondo de Compensación Municipal, que tiene carácter redistributivo, conforme a ley”.

El D.S. N° 156-2004-EF - TUO de la Ley de Tributación Municipal, establece que:

“Artículo 86.- El Fondo de Compensación Municipal a que alude el numeral 5 del Artículo 196 de la Constitución Política del Perú, se constituye con los siguientes recursos:

- a) El rendimiento del Impuesto de Promoción Municipal.
- b) El rendimiento del Impuesto al Rodaje.
- c) El Impuesto a las Embarcaciones de Recreo.

Artículo 87.- El Fondo de Compensación Municipal se distribuye entre todas las municipalidades distritales y provinciales del país con criterios de equidad y compensación. El Fondo tiene por finalidad asegurar el funcionamiento de todas las municipalidades.

El mencionado Fondo se distribuye considerando los criterios que se determinen por Decreto Supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas, con opinión técnica del Consejo Nacional de Descentralización (CND); entre ellos, se considerará:

- a) Indicadores de pobreza, demografía y territorio.
- b) Incentivos por generación de ingresos propios y priorización del gasto en inversión.

Estos criterios se emplean para la construcción de los Índices de Distribución entre las municipalidades.

El procedimiento de distribución del fondo comprende, primero, una asignación geográfica por provincias y, sobre esta base, una distribución entre todas las municipalidades distritales y provincial [sic] de cada provincia, asignando:

- a) El veinte (20) por ciento del monto provincial a favor de la municipalidad provincial.
- b) El ochenta (80) por ciento restante entre todas las municipalidades distritales de la provincia, incluida la municipalidad provincial.

Artículo 88.- Los índices de Distribución del Fondo serán determinados anualmente por el Ministerio de Economía y Finanzas mediante Resolución Ministerial.

Los recursos mensuales que perciban las municipalidades por concepto del Fondo de Compensación Municipal no podrán ser inferiores al monto equivalente a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) vigentes a la fecha de aprobación de la Ley de Presupuesto del Sector Público de cada año.

Artículo 89.- Los recursos que perciban las Municipalidades por el Fondo de Compensación Municipal (Foncomun) serán utilizados íntegramente para los fines que determinen los Gobiernos Locales por acuerdo de su Concejo Municipal y acorde a sus propias necesidades reales. El Concejo Municipal fijará anualmente la utilización de dichos recursos, en porcentajes para gasto corriente e inversiones, determinando los niveles de responsabilidad correspondientes”.

El artículo 4 de la Ley N° 29332 - Ley que crea el Plan de Incentivos a la Mejora de la Gestión Municipal, dispone que los criterios de distribución del Foncomun establecidos en el artículo 87 del TUO de la Ley de Tributación Municipal, son aplicados de manera progresiva a partir del presupuesto correspondiente al Año Fiscal 2010.

El art. 140 de la LOM establece que: “La condición de municipalidad ubicada en zona rural es considerada para efecto de la distribución del Foncomun, canon u otras transferencias de recursos a favor de ellas”.

Es por ello, sobre la base de los dispositivos transcritos, que el presente artículo 146 de la LOM, establece que las municipalidades de zonas rurales tienen asignación prioritaria y compensatoria.

Además, debe tenerse en cuenta el D.S. N° 060-2010-EF, que aprueba criterios, procedimientos y metodología para la distribución del Fondo de Compensación Municipal.

Fondo para la Inclusión Económica en Zonas Rurales (Fonie)

Mediante Ley N° 29951, Ley de Presupuesto para el Año Fiscal 2013, en su art. 23 se ha creado el Fondo para la Inclusión Económica en Zonas Rurales (Fonie), con la finalidad de financiar la elaboración de estudios de preinversión, ejecución de proyectos de inversión pública, y/o mantenimiento a cargo de las entidades del Gobierno nacional y/o personas jurídicas privadas, para la ejecución de la infraestructura de agua y saneamiento, electrificación, telecomunicaciones y caminos vecinales. El Fonie es un importante instrumento de la Estrategia de Desarrollo e Inclusión Social “Crecer para Incluir” que permitirá dotar de agua y saneamiento, caminos vecinales, electricidad y telefonía e Internet a millones de peruanos que viven en los distritos más pobres de nuestro país.

La norma contempla que las entidades del Gobierno nacional pueden suscribir convenios, u otros documentos, con los gobiernos regionales, los gobiernos locales y/o personas jurídicas privadas según corresponda para la ejecución de los mencionados proyectos de inversión pública, y/o actividades, cuya transferencia para el caso de las entidades del gobierno nacional se realiza bajo la modalidad de modificación presupuestaria en el nivel institucional aprobada mediante decreto supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas y ministro del sector correspondiente, a solicitud de este último, y se incorporan en el presupuesto institucional de los gobiernos regionales y gobiernos locales en la fuente de financiamiento recursos determinados, y para el caso de las personas jurídicas privadas, se aprueba mediante decreto supremo refrendado por los ministros de Economía y Finanzas y de Desarrollo e Inclusión Social, a solicitud de este último.

ARTÍCULO 147.- PUBLICACIÓN DE NORMAS MUNICIPALES

Para efecto de la exigencia de publicidad de las normas emitidas por las municipalidades ubicadas en zonas rurales se podrá cumplir con tal requisito a través de carteles, emisoras radiales u otros medios similares, siempre que se pueda probar que se cumplió con la publicidad y la fecha o fechas en que se produjo.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Art. 44



COMENTARIO

Esta es otra disposición que reconoce las particulares circunstancias en que se desenvuelven las municipalidades rurales, estableciendo que el requisito de publicidad de las normas, emitidas por las municipalidades ubicadas en zonas rurales, se podrá cumplir a través de carteles, emisoras radiales u otros medios, con el cargo de probar que se cumplió con la publicación y la fecha o fechas en que se produjo.

En lo que corresponda, le será de aplicación el art. 44 de la LOM, por ejemplo que solo corresponden ser publicadas las ordenanzas, los decretos de alcaldía y los acuerdos de concejo sobre remuneración del alcalde y dietas de los regidores.

Las normas municipales rigen a partir del día siguiente de su publicación, salvo que la propia norma postergue su vigencia.

TÍTULO XII

LA TRANSPARENCIA FISCAL Y LA NEUTRALIDAD POLÍTICA

CAPÍTULO ÚNICO

DISPOSICIONES GENERALES

ARTÍCULO 148.- TRANSPARENCIA FISCAL Y PORTALES ELECTRÓNICOS

Los gobiernos locales están sujetos a las normas de transparencia y sostenibilidad fiscal y a otras conexas en su manejo de los recursos públicos; dichas normas constituyen un elemento fundamental para la generación de confianza de la ciudadanía en el accionar del Estado, así como para alcanzar un manejo eficiente de los recursos públicos. Para tal efecto, se aprobarán normas complementarias que establezcan mecanismos efectivos para la rendición de cuentas.

Los gobiernos locales deberán contar con portales de transparencia en Internet, siempre y cuando existan posibilidades técnicas en el lugar. En los lugares en que no se cuente con presupuesto para implementar los portales de transparencia, se cumplirá con publicar periódicamente la información respectiva a través de otro medio de comunicación social.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27806 Art. 5

Ley N° 27245 Art. 1



COMENTARIOS

Lo que regula este artículo, es el uso responsable y transparente de los recursos públicos, con el objeto de conseguir la confianza de la ciudadanía en el accionar del gobierno local; estableciendo la obligación por parte de todo servidor o funcionario de rendir cuenta de sus actos funcionales.

Son mandatos específicos del presente artículo:

- a) Los gobiernos locales están sujetos a las normas de transparencia y sostenibilidad fiscal, en el manejo de los recursos públicos.
- b) La transparencia y sostenibilidad fiscal buscan generar confianza en la población.
- c) Se busca, asimismo, el manejo eficiente de los recursos públicos.
- d) Uso de mecanismos efectivos para la rendición de cuentas.

- e) Contar con portales de Internet, de acuerdo a las posibilidades técnicas de la entidad.
- f) A falta de portal electrónico, se publicará la información a través de otros medios de comunicación social.

La Ley N° 27245 - Ley de Responsabilidad y Transparencia Fiscal, publicada el 27/12/99, modificada por la Ley N° 27958, define la transparencia fiscal, como: “La amplia divulgación de toda la información relativa sobre los objetivos, metas y resultados ejecutados y esperados de la política fiscal, así como de los supuestos sobre los cuales se basan estas proyecciones, de forma tal que se pueda ver la bondad de estas previsiones. Asimismo, el acceso de la población en general a la información sobre la ejecución de las cuentas públicas a nivel macroeconómico en forma oportuna, mediante la utilización de prácticas internacionalmente aceptadas, comparando estos resultados con las metas previstas”. Esta ley señala, además, las siguientes reglas fiscales para gobiernos regionales y locales:

- a) Los planes de desarrollo regionales anuales se elaboran en concordancia con las proyecciones precisadas en el Marco Macroeconómico Multianual, a que se refiere la Ley N° 27245 y sus modificatorias.
- b) Los gobiernos regionales pueden obtener financiamiento por operaciones de endeudamiento externo únicamente con el aval del Estado y, cuando este endeudamiento ocurra, deberá destinarse exclusivamente a financiar gastos en infraestructura pública.
- c) Las solicitudes de endeudamiento con aval del Estado deberán someterse a los requisitos y procedimientos contemplados en la Ley Anual de Endeudamiento del Sector Público, incluyendo la demostración de la capacidad de repago de dichos créditos. Los proyectos de inversión materia de endeudamiento deberán regirse por lo establecido en la Ley N° 27293, Ley del Sistema Nacional de Inversión Pública y su Reglamento.
- d) La relación anual entre el *stock* de la deuda total y los ingresos corrientes de los gobiernos regionales y locales no deberá ser superior al 100 por ciento. Asimismo, la relación del servicio anual de la deuda (amortización e intereses) a ingresos corrientes deberá ser inferior al 25,0 por ciento.
- e) El promedio del resultado primario de los últimos tres años de cada uno de los gobiernos regionales y locales no podrá ser negativo.

Complementariamente, el D.S. N° 151-2004-EF- Reglamento de la Ley N° 27245, pauta el cálculo de las reglas fiscales para los gobiernos regionales y locales.

La rendición de cuentas

En cuanto a la rendición de cuentas, debe concordarse con las siguientes normas de la LOM:

- la rendición de cuentas como principio del sistema de planificación o planeación local (art. IX del Título Preliminar),
- la rendición de cuentas como principio del Plan de Desarrollo Municipal Concertado y Presupuestos Participativos (art. 97),

- la demanda de rendición de cuentas como mecanismo de control de los vecinos a los gobiernos locales (art. 121).

Debe tenerse en cuenta también el D.S. N° 43-2003-PCM - TUO de la Ley N° 27806 - Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

Asimismo, considerarse en el marco de este mecanismo, la rendición de cuentas a que hace referencia la Ley N° 27785 - Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control, disponiendo que es responsabilidad del titular de la entidad fomentar y supervisar el funcionamiento y confiabilidad del control interno para la evaluación de la gestión y el efectivo ejercicio de la rendición de cuentas, propendiendo a que este contribuya con el logro de la misión y objetivos de la entidad a su cargo (art. 7), establecer los procedimientos para que los titulares de las entidades rindan cuenta oportuna ante el órgano rector, por los fondos o bienes del Estado a su cargo, así como de los resultados de su gestión (art. 22 inc. u).

Del mismo modo, debe considerarse la Resolución de Contraloría N° 320-2006-CG - Normas de Control Interno, que señala: "3.7. Rendición de cuentas. La entidad, los titulares, funcionarios y servidores públicos están obligados a rendir cuentas por el uso de los recursos y bienes del Estado, el cumplimiento misional y de los objetivos institucionales, así como el logro de los resultados esperados, para cuyo efecto el sistema de control interno establecido deberá brindar la información y el apoyo pertinente".

Portales de transparencia

Los gobiernos locales deberán contar con portales de transparencia, dependiendo de las posibilidades técnicas, que cada día son más accesibles para todos.

Además de este artículo, la obligatoriedad de difundir información pública a través de medios informáticos, está regulado en el D.S. N° 043-2003-PCM - TUO de la Ley N° 27806 Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública y su Reglamento, aprobado por D.S. N° 073-2003-PCM.

Asimismo, los portales como medio de transparencia de la administración están referidos en los siguientes dispositivos: Ley N° 27783 - Ley de Bases de la Descentralización, La Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General (con la modificatoria introducida por la Ley N° 29091), Ley N° 29060 - Ley del Silencio Administrativo, Ley N° 28056 - Ley Marco del Presupuesto Participativo, Ley N° 27658 - Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado, la Ley N° 27245 - Ley de Responsabilidad y Transparencia Fiscal, Ley N° 28874 - Ley que Regula la Publicidad Estatal, D.S. N° 060-2001-PCM que crea el Portal del Estado Peruano, la Resolución de Secretaría de Descentralización N° 044-2008-PCM/SD, que aprueba la Directiva N° 003-2008-PCM/SD, Directiva para la Culminación e Implementación de la Transferencia de Funciones Sectoriales a los Gobiernos Regionales" y la R.M. N° 200-2010-PCM que aprueba la Directiva N° 001-2010-PCM/SGP "Lineamientos para la implementación del Portal de Transparencia Estándar en las entidades de la Administración Pública".

ARTÍCULO 149.- TRANSPARENCIA FUNCIONAL

Los alcaldes y regidores, así como los funcionarios y servidores de los gobiernos locales, están prohibidos de ejercer actividades inherentes a su cargo con el objeto de obtener ventajas de cualquier orden. Asimismo, están obligados a actuar imparcialmente y a no dar trato preferencial de naturaleza alguna a ninguna persona natural o jurídica. Los alcaldes y regidores presentarán, bajo responsabilidad, su declaración jurada de bienes y rentas, conforme a ley.

CONCORDANCIAS:

Const.	Arts. 40, 41
C.P.	Art. 401
Ley N° 27972	Arts. 148, 150
Ley N° 27482	Art. 1



COMENTARIO

Este artículo, tanto como los arts. 148 y 150 de la LOM, busca evitar el uso indebido del cargo por parte de las autoridades, funcionarios y servidores de los gobiernos locales y ejercer un control frente a los actos de corrupción. El TC, en la STC Exp. N° 00017-2011-AI sobre los fines constitucionales de la lucha contra la corrupción, desde la perspectiva penal (pero de aplicación también a la potestad sancionadora en el ámbito administrativo), señala lo siguiente:

“14. La persecución penal de los delitos contra la Administración Pública ha sido justificada desde el Derecho Penal en el ‘correcto funcionamiento de la administración pública’. A su vez, este Tribunal entiende que ello puede ser entendido también desde una perspectiva constitucional. Así, la intervención en derechos fundamentales (v.gr. Libertad personal) que implica esta clase de delitos persigue la oportuna represión de actos que atentan contra principios constitucionales derivados esencialmente del capítulo IV del Título I del Código Penal ‘De la Función Pública’.

15. Al respecto, este Tribunal ha entendido que detrás de las disposiciones de dicho capítulo de nuestra Constitución y en especial del artículo 39 de la Constitución que establece que ‘(...) **los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación** (...)’, subyace el principio de ‘buena administración’ (Cfr. Exps. N°s 2235-2004-AA/TC; 2234-2004-AA/TC). A su vez, conforme al artículo 44 de la Constitución que establece que ‘(s)on deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y **promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación**’, tales fines son también atribuibles a los funcionarios y servidores públicos (Exp. N° 008-2005-AI, fundamento N° 14). A su vez, este Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, en directa alusión al preámbulo de la Convención Interamericana contra la Corrupción ha advertido que la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos (Cfr. Exp. N° 1271-2008-HC; 019-2005-AI), por lo que puede afirmarse que los actos en los que los funcionarios públicos

atenten contra el correcto desempeño en el ejercicio de sus funciones atentan contra las bases mismas del Estado. En esta misma línea el preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción establece que:

‘Preocupados por la gravedad de los problemas y las **amenazas que plantea la corrupción** para la estabilidad y seguridad de las sociedades **al socavar las instituciones y los valores de la democracia**, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley’ (resaltado agregado).

16. A su vez, no solo cabe considerar que el buen funcionamiento de la Administración Pública constituye un bien de índole constitucional cuya protección podría justificar la intervención del Derecho Penal, sino que el propio combate contra toda forma de corrupción goza también de protección constitucional, lo que este Tribunal ha deducido de los artículos 39 y 41 de la Constitución. (006-2006-CC, resolución de aclaración del 23 de abril de 2007) así como del orden democrático previsto en el artículo 43 de la Constitución (Exp. N° 009-2007-AI, 0010-2007-AI, acumulados, fundamento N° 58). Ello resulta coherente con el Preámbulo de la Convención Interamericana contra la corrupción, la cual establece que :

‘**la Democracia representativa**, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por su naturaleza, **exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio**’ (resaltado nuestro)”.

Por tanto este mandato de la LOM, busca proteger estas condiciones de transparencia, honestidad y justicia que debe caracterizar la gestión de la administración municipal.

Concordancias con otros dispositivos legales

Este dispositivo deberá ser concordado con los siguientes de la LOM: el art. IX (la transparencia como principio de la planeación local); el art. 10 (atribuciones y obligaciones de los regidores); el art. 11 (responsabilidades, impedimentos y derechos de los regidores), art. 12 (sobre el desempeño del cargo del regidor y su derecho a dietas); el art. 21 (derechos, obligaciones y remuneración del alcalde); el art. 26 (la transparencia como principio de la gerencia municipal); el art. 34 (la transparencia como principio de las contrataciones del Estado); el art. 63 (restricción en la contratación); el art. 97 (la transparencia como principio del Plan de Desarrollo Municipal Concertado y Presupuestos Participativos (art. 97); y el art. 150 (neutralidad política). También son de aplicación el D. Leg. N° 276 - Ley de Bases de la Carrera Administrativa (art. 28: faltas graves) y Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General (art. 241: restricciones a exautoridades).

El incumplimiento de las normas antes indicadas, y de las referidas en el artículo anterior, en lo que corresponda, constituyen infracciones que conllevan las correspondientes sanciones administrativas, de acuerdo al tipo y gravedad de la falta; sin perjuicio de las responsabilidades penales a que hubiera lugar, de acuerdo a lo dispuesto por el Código Penal vigente.

Declaración Jurada de Ingresos y de Bienes y de Rentas

La Ley N° 27482 - Ley que regula la publicación de la Declaración Jurada de Ingresos y de Bienes y de Rentas, de los funcionarios y servidores públicos del Estado, conforme lo establecen los artículos 40 y 41 de la Constitución Política y los mecanismos de su publicidad, independientemente del régimen bajo el cual laboren, contraten o se relacionen con el Estado; precisando que los alcaldes y regidores de las Municipalidades que administren recursos económicos superiores a las 2000 Unidades Impositivas Tributarias (UIT) al año, están obligados a presentar la indicada declaración jurada.

ARTÍCULO 150.- NEUTRALIDAD POLÍTICA

Los alcaldes y regidores, así como los funcionarios y servidores de los gobiernos locales, tienen la obligación de velar por el desarrollo de los procesos electorales sin interferencias ni presiones, a fin de permitir que los ciudadanos expresen sus preferencias electorales en forma auténtica, espontánea y libre, dentro del marco constitucional y legal que regula la materia.

Los funcionarios y servidores de los gobiernos locales, cualquiera sea su condición laboral, están prohibidos de realizar actividad política partidaria o electoral durante los procesos electorales en los horarios de oficina, bajo responsabilidad. Igualmente, dentro de esos horarios no podrán asistir a ningún comité u organización política, ni hacer propaganda a favor o en contra de una organización política o candidato en los horarios y ocasiones indicados.

Está absolutamente prohibido el uso de la infraestructura de los gobiernos locales para realizar reuniones o actos políticos o para elaborar instrumentos de propaganda política a favor o en contra de organizaciones políticas o de candidatos. Asimismo, está absolutamente prohibido el uso de otros recursos del Estado para los mismos fines, incluyendo tanto los fondos obtenidos del Tesoro Público y los recursos directamente recaudados como los provenientes de las agencias de cooperación internacional. Esta prohibición se hace extensiva a los bienes y servicios obtenidos de fuentes de financiamiento de dicha cooperación.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Arts. 148, 149

Ley N° 30057 Art. 39: g)



COMENTARIO

La Ley N° 30057 - Ley del Servicio Civil señala en su art. 39 inc. g) que son obligaciones de los servidores civiles: Actuar con imparcialidad y neutralidad política.

Este artículo de la LOM busca reglamentar la conducta del alcalde, regidores, funcionarios y servidores públicos durante los procesos electorales, a fin de evitar interferencias y presiones políticas, como resultado de su particular posición y relación de autoridad con los vecinos de la jurisdicción.

Este artículo establece las siguientes restricciones para los funcionarios y servidores:

- Están prohibidos de realizar actividad política partidaria o electoral durante los procesos electorales en los horarios de oficina, bajo responsabilidad.
- No podrán asistir a ningún comité u organización política, ni hacer propaganda a favor o en contra de una organización política o candidato en horarios de oficina o durante los procesos electorales.
- Está absolutamente prohibido el uso de la infraestructura de los gobiernos locales para realizar reuniones o actos políticos o para elaborar instrumentos de propaganda política a favor o en contra de organizaciones políticas o de candidatos.
- Está absolutamente prohibido el uso de otros recursos del Estado para los mismos fines, incluyendo tanto los fondos obtenidos del Tesoro Público y los recursos directamente recaudados como los recursos, bienes y servicios provenientes de las agencias de cooperación internacional.

La neutralidad política de las autoridades, funcionarios y servidores, a que hace referencia este artículo, queda limitada al ejercicio de su actividad funcional y no se puede extender a su vida privada.

El objetivo que persigue este artículo, lleva aparejado el deber por parte de la autoridad de hacer realidad otras garantías del servicio público, como por ejemplo la imparcialidad y el mérito en el ingreso a la administración para todos los servidores; caso contrario, si existe un favorecimiento particular o político desde el inicio de su relación con el Estado, difícilmente podrá concretarse la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.

Finalmente, en la interpretación del art. 149 (transparencia funcional) y el art. 150 (neutralidad política), debe tenerse en cuenta los siguientes principios y normas de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General: Art. IV: 1.5. "Principio de imparcialidad.- Las autoridades administrativas actúan sin ninguna clase de discriminación entre los administrados, otorgándoles tratamiento y tutela igualitarios frente al procedimiento, resolviendo conforme al ordenamiento jurídico y con atención al interés general"; en cuanto a la conducta de las autoridades administrativas; y las figuras de la abstención (del art. 88 y siguiente de la misma ley), en cuanto a la posibilidad de resolver un conflicto de intereses que pueda afectar la imparcialidad.

Por tanto, el incumplimiento de las normas antes indicadas constituye infracciones que conllevan las correspondientes sanciones administrativas, de acuerdo al tipo y gravedad de la falta; sin perjuicio de las responsabilidades penales a que hubiera lugar, de acuerdo a lo dispuesto por el Código Penal vigente.

Además de las responsabilidades, la Ley N° 27444 ha previsto la posibilidad de impugnar el acto y solicitar la nulidad de este, cuando no cumpla con la finalidad pública, que es uno de sus requisitos de validez (art. 3 y art. 10 de la misma ley).

TÍTULO XIII

LA MUNICIPALIDAD METROPOLITANA

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

ARTÍCULO 151.- RÉGIMEN ESPECIAL

La capital de la República tiene el régimen especial del presente título, de conformidad con el artículo 198 de la Constitución.

Dicho régimen especial otorga a la Municipalidad Metropolitana de Lima, en armonía con el artículo 198 de la Constitución y el artículo 33 de la Ley N° 27783, Ley de Bases de la Descentralización, competencias y funciones específicas irrestrictas de carácter local metropolitano y regional.

CONCORDANCIAS:

Const.	Art. 198
Ley N° 27972	Arts. 2, 3
Ley N° 28767	Art. 68
Ley N° 27783	Arts. 33, 40



COMENTARIO

El art. 198 de la LOM declara que: “La Capital de la República no integra ninguna región. Tiene régimen especial en las leyes de descentralización y en la Ley Orgánica de Municipalidades. La Municipalidad Metropolitana de Lima ejerce sus competencias dentro del ámbito de la provincia de Lima”.

El art. 68 de la Ley N° 28767 - Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales precisa que: “La Municipalidad Metropolitana de Lima constituye un pliego presupuestal cuyo titular es el Alcalde Metropolitano”, disposición concordante con el art. 53 de la LOM, que dispone: “Para efectos de su administración presupuestaria y financiera, las municipalidades provinciales y distritales constituyen pliegos presupuestarios cuyo titular es el alcalde respectivo”.

El art. 33 de la Ley N° 27783 - Ley de Bases de la Descentralización dispone que “En el ámbito de la provincia de Lima, las competencias y funciones reconocidas al gobierno regional, son transferidas a la Municipalidad Metropolitana de Lima, con arreglo a lo previsto en la presente ley. Asimismo, la ejecución de obras de inversión en infraestructura estará a cargo de dicha Municipalidad o de las municipalidades distritales respectivas, previo convenio con el sector correspondiente. Toda mención contenida

en la legislación nacional que haga referencia a los gobiernos regionales, se entiende también hecha a dicha municipalidad, en lo que resulte aplicable”.

Esta es la innovación más importante con respecto a la Leyes orgánicas municipales anteriores, el hecho que la Municipalidad Metropolitana de Lima ejerza conjuntamente a los de gobierno local, las funciones de gobierno regional.

Por tanto, ejerce competencias y funciones de gobierno local, gobierno metropolitano y gobierno regional, con sujeción a la LOM, Ley N° 27783 - Ley de Bases de la Descentralización y la Ley N° 27867 - Ley Orgánica de Gobiernos Regionales.

Este régimen especial se constituye sobre el territorio de la provincia de Lima, mientras que las restantes provincias del departamento constituyen un gobierno regional propio, el Gobierno Regional de Lima. La Capital de la República no participa de los procesos de creación de regiones mediante la fusión de departamentos, pero sí ha de involucrarse en los procesos de coordinación, cooperación y gestión interregional.

Sobre el Régimen Especial de la Municipalidad Metropolitana de Lima, el TC en la STC Exp. N° 0012-2003-CC/TC ha precisado:

“2. La MML, conforme a lo previsto por el artículo 198 de la Constitución, goza de un régimen especial regulado en las leyes de descentralización y en la Ley Orgánica de Municipalidades N° 27972. En efecto, el propio artículo 198 de la Constitución establece que la MML ejerce sus competencias dentro del ámbito de la provincia de Lima, la cual no integra ninguna región. Por su parte, el artículo 65 de la Ley N° 27867 –Ley Orgánica de Gobiernos Regionales– dispone que las competencias y funciones reconocidas al gobierno regional son transferidas a la MML.

En tal sentido, la MML tiene por misión, a nivel regional, la organización y conducción de la gestión pública de la provincia de Lima, de acuerdo con sus competencias exclusivas, compartidas y delegadas en el marco de las políticas nacionales y sectoriales para contribuir a su desarrollo integral y sostenible. De ahí que toda mención en la legislación nacional que haga referencia a los gobiernos regionales, deba entenderse también referida a la MML, en lo que le resulte aplicable.

3. Pero al mismo tiempo, la referida entidad edilicia es el órgano del gobierno local de la capital de la República, motivo por el cual, conforme reseña el artículo 154 de la Ley Orgánica de Municipalidades, ‘ejerce jurisdicción, en las materias de su competencia, sobre las municipalidades distritales ubicadas en el territorio de la provincia de Lima, (las cuales) se rigen por las disposiciones establecidas para las municipalidades distritales en general, en concordancia con las competencias y funciones metropolitanas especiales, con las limitaciones comprendidas en la presente ley y las que se establezcan mediante ordenanza metropolitana’.

4. Este binomio funcional (regional y local) asignado a la MML se encuentra reconocido en el artículo 152 de la Ley Orgánica de Municipalidades, en cuanto establece que ‘la capital de la República es sede de la MML, la que ejerce jurisdicción exclusiva sobre la provincia de Lima **en materias municipales y regionales**’ (subrayado agregado). Asimismo, el artículo 65 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales estipula que la MML ‘posee autonomía política, económica

y administrativa en los asuntos de su competencia **regional y municipal**. En casos de discrepancias generadas por el fenómeno de conurbación provincial, la decisión final corresponde a la Municipalidad Metropolitana de Lima' (subrayado agregado).

5. Esta sui géneris condición funcional de la MML en la estructura orgánica descentralizada del Estado es, a su vez, reafirmada al atribuírsele un cúmulo de competencias, denominadas 'especiales', en materia de planificación, desarrollo urbano y vivienda, promoción de desarrollo económico y social, abastecimiento de bienes y servicios básicos, industria, comercio y turismo, población y salud, saneamiento ambiental, transportes y comunicaciones, y seguridad ciudadana.

En opinión de este Colegiado, la naturaleza y condición particularmente específicas en la asignación de tales competencias especiales, taxativamente enumeradas en el artículo 161 de la Ley Orgánica de Municipalidades, las hacen privativas de la MML, sin perjuicio de que esta, en ejercicio de su autonomía institucional, resuelva ejercerlas en coordinación con otros órganos del Estado”.

ARTÍCULO 152.- SEDE Y JURISDICCIÓN

La capital de la República es sede de la Municipalidad Metropolitana de Lima, la que ejerce jurisdicción exclusiva sobre la provincia de Lima en materias municipales y regionales. En casos de discrepancias generadas por el fenómeno de conurbación provincial, la decisión final corresponde a la Municipalidad Metropolitana de Lima.

CONCORDANCIAS:

Const.	Art. 40
Ley N° 27972	Arts. 2, 3
Ley N° 28767	Art. 65
Ley N° 27783	Art. 40



COMENTARIO

La Constitución Política señala en su art. 49 que la capital de la República del Perú es la ciudad de Lima.

El art. 40 de la Ley N° 27783 - Ley de Bases de la Descentralización precisa que en la capital de la República el gobierno local lo ejerce la Municipalidad Metropolitana de Lima.

El art. 65 de la Ley N° 27867 - Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales señala que: “La Capital de la República no integra ninguna región. En la provincia de Lima las competencias y funciones reconocidas al gobierno regional son transferidas a la Municipalidad Metropolitana de Lima, la cual posee autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia regional y municipal. Toda mención contenida en la legislación nacional que haga referencia a los gobiernos regionales, se entiende también hecha a la Municipalidad Metropolitana de Lima, en lo que resulte aplicable”.

También en este tema el cambio más resaltante es la facultad de ejercer competencias municipales y regionales, pero la jurisdicción sigue siendo la provincia de Lima, y en casos de discrepancias generadas por el fenómeno de conurbación provincial, la decisión final la toma la Municipalidad Metropolitana de Lima.

El término “conurbación” ha sido desarrollado por el TC en la STC Exp. N° 0015-2003-AI/TC:

“8. Por su parte, el Decreto Supremo N° 009-2004-MTC, que aprueba el Reglamento Nacional de Administración de Transportes, publicado el 3 de marzo de 2004, en su párrafo 3.4., al definir el Área Urbana Continua, preceptúa que es el ‘Espacio territorial constituido por dos (2) ciudades o áreas urbanas pertenecientes a provincias contiguas que, por su crecimiento, han llegado a conformar una situación de conurbación’.

9. Este Colegiado estima que, por ‘conurbación’, debe entenderse el proceso por el cual una área urbana crece e integra en forma funcional a otros centros urbanos que están a su alrededor o a sus vecinos, incorporando a barrios, urbanizaciones y distritos que son dependientes del centro urbano. Este proceso concluye con la integración de ellos en una sola unidad o red, en la cual no se pueden diferenciar a las antiguas divisiones urbanas.

Este proceso de unión geográfica ocurre por el crecimiento de una ciudad hasta alcanzar físicamente a otras, o bien por la expansión de dos o más núcleos urbanos hasta alcanzarse entre sí.

10. A la luz de dicho concepto, y en lo que al caso atañe, se configurará la ‘conurbación’ cuando dos o más ciudades pertenecientes a las circunscripciones territoriales de las provincias de Lima y Huarochirí se han ‘unido’, o alguna de ellas ha incorporado a otras, ya sea generando una relación de dependencia de una de ellas respecto de la(s) otra(s), o una dependencia recíproca.

11. Sin embargo, y dado que dicho concepto no es uno que se genere o derive del texto constitucional, sino que se encuentra relacionado con el ejercicio de atribuciones previstas por el legislador ordinario, cuando se acredite la existencia fáctica de la unión de dos ciudades, distritos o urbanizaciones pertenecientes a dos circunscripciones territoriales distintas, no compete a este Colegiado pronunciarse sobre el particular, por no ser materia que pueda controvertirse en el proceso de inconstitucionalidad”.

ARTÍCULO 153.- ÓRGANOS METROPOLITANOS

Son órganos de la Municipalidad Metropolitana de Lima:

- 1. El Concejo Metropolitano;**
- 2. La Alcaldía Metropolitana; y**
- 3. La Asamblea Metropolitana de Lima.**

Son órganos de asesoramiento:

- 1. La Junta de Planeamiento;**
- 2. La Junta de Cooperación Metropolitana; y**

3. Las Comisiones Especiales de Asesoramiento.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 28767 Art. 66



COMENTARIO

Este artículo debe ser concordado con el art. 66 de la Ley N° 28767 - Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales (modificada por la Ley N° 27902), que dispone:

“Artículo 66.- Estructura Orgánica Básica del Régimen Especial de Lima Metropolitana

Para el ejercicio de sus competencias y funciones regionales la estructura orgánica básica de la Municipalidad Metropolitana de Lima es la siguiente:

- a) **El Concejo Metropolitano de Lima**, al que corresponden las competencias y funciones del Consejo Regional, como órgano normativo y fiscalizador y las que norme la Ley Orgánica de Municipalidades. Está integrado por el Alcalde Metropolitano y los Regidores elegidos conforme a la legislación electoral correspondiente, que deberá incorporar un criterio descentralista de elección.
- b) **La Alcaldía Metropolitana de Lima**, a la que corresponden las competencias y funciones de la Presidencia Regional como órgano ejecutivo y las que norme la Ley Orgánica de Municipalidades.
- c) **La Asamblea Metropolitana de Lima**, a la que corresponden las competencias y funciones del Consejo de Coordinación Regional, como órgano consultivo y de coordinación de la Municipalidad Metropolitana de Lima, y las que norme la Ley Orgánica de Municipalidades para su campo específico. Su composición es la que define la Ley Orgánica de Municipalidades. La ausencia de acuerdos por consenso en este órgano, no impide al Concejo Metropolitano de Lima decidir sobre lo pertinente”.

ARTÍCULO 154.- MUNICIPALIDADES DISTRITALES

La Municipalidad Metropolitana de Lima ejerce jurisdicción, en las materias de su competencia, sobre las municipalidades distritales ubicadas en el territorio de la provincia de Lima. Se rigen por las disposiciones establecidas para las municipalidades distritales en general, en concordancia con las competencias y funciones metropolitanas especiales, con las limitaciones comprendidas en la presente ley y las que se establezcan mediante ordenanza metropolitana.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Arts. 2, 3, 151

ARTÍCULO 155.- APLICACIÓN DE DISPOSICIONES GENERALES

Las demás disposiciones de la presente ley rigen también para la Municipalidad Metropolitana de Lima y las municipalidades distritales de su jurisdicción en todo aquello que no se oponga expresamente al presente título.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Art. 151



COMENTARIO

Este artículo establece la jurisdicción de la Municipalidad Metropolitana de Lima, precisa que la ejerce sobre las municipalidades distritales ubicadas en el territorio de la provincia de Lima.

También establece las normas que las rigen, señalando que se le aplicarán las disposiciones establecidas por la LOM para las municipalidades distritales en general, en concordancias con las competencias y funciones metropolitana especiales y aquellas que se establezca mediante ordenanza metropolitana.

En caso de conflicto entre las normas generales y las aplicables por este Título XIII para la Municipalidad Metropolitana de Lima, primarán estas por ser disposiciones especiales.

CAPÍTULO II

EL CONCEJO METROPOLITANO

ARTÍCULO 156.- CONFORMACIÓN

El Concejo Metropolitano de Lima está integrado por el alcalde y los regidores que establezca la Ley de Elecciones Municipales.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Arts. 5, 9

Ley N° 26864 Art. 24



COMENTARIO

El presente artículo es concordante con el art. 5 de la LOM, establece que el Concejo Municipal (provincial y distrital) está conformado por el Alcalde y el número de regidores que establezcan el Jurado Nacional de Elecciones, los que están precisados en la R. N° 1229-2006-JNE, del 10 de junio del 2006, sobre la bases de lo dispuesto en el art. 24 de la Ley N° 26864 - Ley de Elecciones Municipales, que señala “El número de regidores a elegirse en cada Concejo Municipal es determinado por el Jurado Nacional de Elecciones en proporción a su población. En ningún caso será inferior a cinco (5) ni mayor de quince (15). **Se exceptúa al Concejo Provincial de Lima que tendrá treinta y nueve (39) regidores**”.

El número elevado de regidores naturalmente obedece a la particular condición de la ciudad de Lima.

ARTÍCULO 157.- ATRIBUCIONES

Compete al Concejo Metropolitano:

1. Aprobar el Estatuto del Gobierno Metropolitano de Lima mediante ordenanza;
2. Dictar ordenanzas sobre asuntos municipales y regionales, dentro de su ámbito territorial, las cuales tendrán alcance, vigencia y preeminencia metropolitana;
3. Velar por el respeto de la Constitución, de la presente ley de desarrollo constitucional, de las ordenanzas que dicte, así como por la autonomía política, económica y administrativa del gobierno municipal metropolitano de Lima;
4. Crear, modificar y suprimir contribuciones, tasas, arbitrios, licencias y derechos municipales;

5. Ejercer las atribuciones que conforme a esta ley corresponden a los concejos provinciales;
6. Aprobar y evaluar el Plan Regional de Desarrollo Concertado y los Planes Directores de los distritos;
7. Aprobar mediante ordenanza la organización y funciones de la Junta de Planeamiento Metropolitano, la Junta de Cooperación Metropolitana y las Comisiones Especiales de Asesoramiento;
8. Aprobar mediante ordenanza las normas reguladoras del desarrollo del Centro Histórico de Lima, del Proyecto de la Costa Verde, del Sistema Metropolitano de Seguridad Ciudadana, de la Economía y Hacienda Municipal; y de otras que lo requieran;
9. Aprobar el Presupuesto Regional Participativo de Lima y fiscalizar su ejecución;
10. Acordar el régimen de organización interior de la Municipalidad Metropolitana de Lima y de sus órganos de gobierno y aprobar la remuneración del alcalde metropolitano y las dietas de los regidores, de acuerdo al régimen especial que le confiere la Constitución Política;
11. Aprobar normas necesarias para implementar la integración de las Municipalidades Distritales ubicadas en la Provincia de Lima en la Municipalidad Metropolitana de Lima, de acuerdo al desarrollo de los planes y programas metropolitanos en forma integral y armónica;
12. Aprobar planes y programas metropolitanos en materia de acondicionamiento territorial y urbanístico, infraestructura urbana, vivienda, seguridad ciudadana, población, salud, protección del medio ambiente, educación, cultura, conservación de monumentos, turismo, recreación, deporte, abastecimiento, comercialización de productos, transporte, circulación, tránsito y participación ciudadana, planes y programas destinados a lograr el desarrollo integral y armónico de la capital de la República, así como el bienestar de los vecinos de su jurisdicción. Los planes y programas metropolitanos relacionados con inmuebles integrantes del patrimonio cultural de la Nación deberán contar con opinión favorable previa del Instituto Nacional de Cultura;
13. Aprobar la creación, modificación, ampliación y liquidación de empresas municipales y, en general, de personas jurídicas de derecho público, cuyo objeto social corresponda a la implementación de las funciones y al cumplimiento de los fines de la Municipalidad Metropolitana de Lima;
14. Aprobar la emisión de bonos e instrumentos de financiamiento cotizables y comercializables en el mercado de valores nacional e internacional;
15. Aprobar la participación de la Municipalidad Metropolitana de Lima en empresas mixtas, dedicadas a la prestación de servicios públicos locales y a la ejecución de actividades municipales metropolitanas;
16. Aprobar los planes ambientales en su jurisdicción, así como controlar la preservación del medio ambiente;
17. Aprobar el Sistema Metropolitano de Seguridad Ciudadana y crear el Serenazgo Municipal Metropolitano, así como reglamentar su funcionamiento;
18. Dictar las normas necesarias para brindar el servicio de seguridad ciudadana, con la cooperación de la Policía Nacional;
19. Regular la cooperación de la Policía Nacional para el cabal cumplimiento de las competencias, funciones y fines de la Municipalidad Metropolitana de Lima;

20. Regular el funcionamiento de la Policía de Tránsito, de Turismo y de Ecología;
21. Regular el funcionamiento del transporte público, la circulación y el tránsito metropolitano;
22. Aprobar empréstitos internos y externos, de acuerdo a ley;
23. Aprobar el régimen de administración de bienes y rentas de la Municipalidad Metropolitana de Lima, así como la organización de los servicios públicos locales de carácter metropolitano;
24. Promover y organizar la activa participación de los vecinos en el gobierno de la Municipalidad Metropolitana de Lima y de las municipalidades distritales que la integran;
25. Contratar, sin aprobación previa o ratificación de otro organismo, la atención de los servicios que no administre directamente; y
26. Fiscalizar a la Alcaldía Metropolitana, a las empresas municipales, a los organismos públicos descentralizados municipales, a los entes municipales metropolitanos y a las municipalidades distritales que integran la Municipalidad Metropolitana de Lima.

La presente enumeración no es limitativa; por ordenanza municipal podrán asignarse otras competencias, siempre que correspondan a la naturaleza y funciones de la Municipalidad Metropolitana de Lima como órgano del gobierno local de la capital de la República e instrumento fundamental de la descentralización del país.

CONCORDANCIAS:

Const.	Arts. 12, 21, 31, 194, 195:4), 197
Ley N° 27972	Arts. 2, 3, 9, 10, 11, 63
Ley N° 28767	Arts. 66, 67
Ley N° 27783	Arts. 33, 40
D.Leg. N° 613	Arts. 3, 6, 9, 60, 82



COMENTARIO

Este artículo debe ser concordado con las competencias y atribuciones que establece la LOM en su art. 9 para los concejos municipales en general, teniendo en consideración que en caso de conflicto primarán las indicadas en el presente título.

Las atribuciones del Concejo Municipal están precisadas en el art. 9 de la LOM. Las atribuciones y obligaciones de los regidores en el art. 10. Las responsabilidades, impedimentos y derechos de los regidores en el art. 11. También le es de aplicación el art. 63 de la LOM, que señala: “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”.

Las competencias y funciones regionales del Concejo Metropolitano

Este artículo debe ser concordado con el art. 67 de la Ley N° 28767 - Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales, que precisa que son competencias y funciones regionales especiales del Concejo Metropolitano de Lima:

- a) Aprobar el Plan Regional de Desarrollo Concertado de Lima Metropolitana, previamente concertado en la Asamblea Metropolitana de Lima. (Inciso modificado por la Ley N° 27902).
- b) Aprobar el Presupuesto Regional Participativo de Lima Metropolitana, previa opinión concertada en la Asamblea Metropolitana de Lima. (Inciso modificado por la Ley N° 27902).
- c) Dictar las normas que regulen o reglamenten las competencias y funciones regionales a cargo de la Municipalidad Metropolitana de Lima.
- d) Determinar el ámbito de las áreas interdistritales e instancias de coordinación y planificación interregional.
- e) Aprobar la ejecución de las inversiones públicas de ámbito regional metropolitano en proyectos de infraestructura, que lleve a cabo el Gobierno Nacional.
- f) Autorizar y aprobar la ejecución de programas de tratamiento de cuencas y corredores económicos en coordinación con las regiones correspondientes en cada caso.
- g) Aprobar la formación de sistemas integrales y de gestión común para la atención de los servicios públicos de carácter regional en áreas interregionales.
- h) Aprobar programas regionales de promoción de formación de empresas, consorcios y unidades económicas metropolitanas, para impulsar, concertar y promocionar actividades productivas y de servicios.
- i) Autorizar las operaciones de crédito regional interno y externo, conforme a Ley.
- j) Las demás que le corresponden.

CAPÍTULO III

LA ALCALDÍA METROPOLITANA

ARTÍCULO 158.- ALCALDÍA

La alcaldía metropolitana es el órgano ejecutivo de la Municipalidad Metropolitana de Lima, cuyo titular es el alcalde metropolitano. El concejo metropolitano, mediante ordenanza, aprueba el Reglamento de Organización y Funciones de la Alcaldía.

CONCORDANCIAS:

Const. Art. 194
Ley N° 27972 Arts. 6, 20, 21, 50
Ley N° 28767 Arts. 66, 67



COMENTARIO

Este artículo tiene que ser concordado con el art. 6 de la LOM, que señala que la alcaldía es el órgano ejecutivo del gobierno local, que el alcalde es el representante legal y la máxima autoridad administrativa de la municipalidad; disposición concordante con el art. 50 de la LOM, que precisa que la vía administrativa se agota con la decisión que adopte el alcalde, con excepción de los asuntos tributarios.

ARTÍCULO 159.- COMPETENCIAS

Son competencias y funciones de la alcaldía metropolitana:

1. En materia de administración económica y financiera:
 - 1.1. Administrar los bienes y rentas de la municipalidad;
 - 1.2. Formular y ejecutar el presupuesto anual;
 - 1.3. Formular y ejecutar el plan anual de obras e inversiones metropolitanas;
 - 1.4. Organizar y actualizar permanentemente su margsés de bienes;
 - 1.5. Organizar y administrar el sistema de recaudación metropolitana de ingresos y rentas; y
 - 1.6. Formular y sustentar las operaciones de endeudamiento de la Municipalidad Metropolitana de Lima.

2. En materia de planificación y urbanismo:
 - 2.1. Dirigir el Sistema Metropolitano de Planificación y formular el Plan Integral de Desarrollo Metropolitano, en coordinación con la Municipalidad Provincial del Callao y las reparticiones correspondientes;
 - 2.2. Aprobar y normar los distintos procesos de habilitación urbana;
 - 2.3. Dictar normas sobre ornato y vigilar su cumplimiento.
3. En materia educativa, cultural y recreacional:
 - 3.1. Formular el Plan de Desarrollo Educativo;
 - 3.2. Promover las actividades artísticas y culturales;
 - 3.3. Construir y mantener infraestructura deportiva y recreacional;
 - 3.4. Promover la práctica masiva de los deportes y la recreación; y
 - 3.5. Celebrar convenios de asesoría, capacitación, estudios e investigación con universidades y centros de investigación públicos y privados, nacionales o extranjeros.
4. En materia de saneamiento ambiental:
 - 4.1. Formular los planes ambientales en su jurisdicción, así como controlar la preservación del medio ambiente;
 - 4.2. Conservar y acrecentar las áreas verdes de la metrópoli;
 - 4.3. Fomentar la ejecución de programas de educación ecológica

CONCORDANCIAS:

Const. Art. 195
Ley N° 27972 Arts. 20, 73, 153
Ley N° 27783 Arts. 33, 41
D.Leg. N° 613 Arts. 3, 6, 9, 60, 82

ARTÍCULO 160.- FUNCIONES

La alcaldía metropolitana tiene además a su cargo las siguientes funciones:

1. Regular y promover el desarrollo de las organizaciones, asociaciones y juntas de vecinos;
2. Disponer la delegación de funciones específicas a sus municipalidades distritales;
3. Nombrar a sus representantes ante los organismos o comisiones que formen los poderes públicos;
4. Disponer el despliegue del Cuerpo Metropolitano de Vigilancia para garantizar el cumplimiento de sus disposiciones; y
5. Resolver, en última instancia administrativa, los asuntos derivados del ejercicio de sus funciones.

CONCORDANCIAS:

Const. Art. 195
Ley N° 27972 Arts. 20, 21, 42, 43
Ley N° 27783 Art. 33

 **COMENTARIO**

Los artículos 159 y 160 deben ser concordados con las competencias y atribuciones que establece la LOM para la generalidad de municipalidades, teniendo en consideración que en caso de conflicto primarán las indicadas en el presente título.

Las atribuciones del alcalde están precisadas en el art. 20 de la LOM. Sus derechos, obligaciones y remuneración en el art. 21. El alcalde ejerce sus funciones ejecutivas a través de la emisión de decretos de alcaldía y resuelve los asuntos administrativos a su cargo a través de resoluciones de alcaldía, de conformidad con el art. 42 y 43 de la LOM; en cuanto a la administración municipal, lo realiza a través de la gerencia municipal, a tenor del art. 27 de la LOM, que señala: “La administración municipal está bajo la dirección y responsabilidad del gerente municipal, funcionario de confianza a tiempo completo y dedicación exclusiva designado por el alcalde, quien puede cesarlo sin expresión de causa. El gerente municipal también puede ser cesado mediante acuerdo del concejo municipal adoptado por dos tercios del número hábil de regidores en tanto se presenten cualesquiera de las causales previstas en su atribución contenida en el artículo 9 de la presente ley”.

CAPÍTULO IV

LAS COMPETENCIAS Y FUNCIONES METROPOLITANAS ESPECIALES

ARTÍCULO 161.- COMPETENCIAS Y FUNCIONES

La Municipalidad Metropolitana de Lima tiene las siguientes competencias y funciones metropolitanas especiales:

1. En materia de planificación, desarrollo urbano y vivienda:
 - 1.1. Mantener y ampliar la infraestructura metropolitana;
 - 1.2. Controlar el uso del suelo y determinar las zonas de expansión urbana e identificar y adjudicar los terrenos fiscales, urbanos, eriazos y ribereños de su propiedad con fines urbanos;
 - 1.3. Constituir, organizar y administrar el sistema metropolitano de parques, integrado por parques zonales existentes, parques zoológicos, jardines botánicos, bosques naturales y áreas verdes ubicadas en el Cercado de Lima, en forma directa o a través de sus organismos descentralizados o de terceros mediante concesión.
 - 1.4. Administrar y mantener actualizado el catastro metropolitano;
 - 1.5. Definir, mantener y señalar la nomenclatura de la red vial metropolitana y mantener el sistema de señalización del tránsito;
 - 1.6. Reglamentar el otorgamiento de licencias de construcción; remodelaciones y demoliciones;
 - 1.7. Diseñar y promover la ejecución de programas municipales de vivienda para las familias de bajos recursos;
 - 1.8. Diseñar y ejecutar programas de destugurización y renovación urbana; y
 - 1.9. Promover y controlar la prestación de servicios funerarios; y
 - 1.10. Promover y controlar la prestación de servicios en casos de conmoción civil o desastre.
2. En materia de promoción del desarrollo económico social:
 - 2.1. Promover el desarrollo de empresas;
 - 2.2. Promover y controlar los centros de formación, capacitación y recalcificación laboral;
 - 2.3. Fomentar la inversión privada en proyectos de infraestructura metropolitana que impulsen el empleo; y

- 2.4. Evaluar los recursos laborales y mantener actualizadas las estadísticas del empleo.
3. En materia de abastecimiento de bienes y servicios básicos:
 - 3.1. Controlar el acopio, almacenamiento y distribución de los alimentos básicos, sancionando la especulación, adulteración y acaparamiento de los mismos, así como el falseamiento de las pesas y medidas;
 - 3.2. Controlar el cumplimiento de las normas de calidad de la industria de alimentos y de bebidas;
 - 3.3. Reglamentar y controlar el comercio ambulatorio;
 - 3.4. Firmar contratos de concesión con empresas de servicios públicos locales; y
 - 3.5. Supervisar los procesos de fijación de tarifas de los servicios públicos locales.
4. En materia de industria, comercio y turismo:
 - 4.1. Promover y regular la comercialización mayorista y minorista de productos alimenticios, promoviendo la inversión y habilitación de la infraestructura necesaria de mercados y centros de acopio;
 - 4.2. Autorizar la realización de ferias industriales y comerciales;
 - 4.3. Autorizar la ubicación y disponer la reubicación de plantas industriales;
 - 4.4. Otorgar licencias de apertura de establecimientos comerciales, artesanales, de servicios turísticos y de actividades profesionales, de conformidad con la zonificación aprobada;
 - 4.5. Dictar las políticas de la banca municipal para el apoyo y promoción de la micro y pequeña empresa industrial;
 - 4.6. Establecer, fomentar y administrar parques y centros industriales;
 - 4.7. Promover y controlar la calidad de los servicios turísticos; y
 - 4.8. Colaborar con los organismos competentes, en la identificación y conservación del patrimonio histórico-monumental y urbanístico.
5. En materia de población y salud:
 - 5.1. Promover la calidad de los servicios de salud que brinden los centros de salud públicos, en coordinación con el Ministerio de Salud y EsSalud;
 - 5.2. Controlar el cumplimiento de las normas de higiene y seguridad en establecimientos industriales, comerciales, educativos, recreacionales y en otros lugares públicos, en coordinación con el Ministerio de Salud;
 - 5.3. Supervisar el normal abastecimiento de los medicamentos genéricos;
 - 5.4. Formular y ejecutar programas de apoyo y protección a niños y personas adultas mayores y personas con discapacidad que se encuentren en estado de abandono;
 - 5.5. Supervisar la acción de las entidades privadas que brinden servicios de asistencia y rehabilitación social a grupos en riesgo, en coordinación con los órganos de gobierno competentes;
 - 5.6. Promover y organizar campañas de salud preventiva y control de epidemias; en coordinación con el Ministerio de Salud;
 - 5.7. Construir, equipar o administrar establecimiento de salud primaria;
 - 5.8. Promover la realización de proyectos de evaluación del nivel nutrición y de apoyo alimentario a los sectores de bajos recursos; y
 - 5.9. Promover y controlar la prestación de servicios funerarios.
6. En materia de saneamiento ambiental:

- 6.1. Coordinar los procesos interinstitucionales de saneamiento ambiental que se desarrollan en su circunscripción;
- 6.2. Organizar el Sistema Metropolitano de Tratamiento y Eliminación de Residuos Sólidos, limpieza pública y actividades conexas, firmar contratos de concesión de servicios, así como controlar su eficaz funcionamiento;
- 6.3. Fomentar la ejecución de programas de educación ecológica;
- 6.4. Controlar las epidemias que puedan afectar a la fauna de la metrópoli; y
- 6.5. Organizar y controlar la sanidad animal así como la regulación y control en la tenencia de animales domésticos.
7. En materia de transportes y comunicaciones:
 - 7.1. Planificar, regular y gestionar el transporte público;
 - 7.2. Planificar, regular y gestionar el tránsito urbano de peatones y vehículos;
 - 7.3. Planificar, regular, organizar y mantener la red vial metropolitana, los sistemas de señalización y semáforos;
 - 7.4. Otorgar las concesiones, autorizaciones y permisos de operación para la prestación de las distintas modalidades de servicios públicos de transporte de pasajeros y carga, de ámbito urbano e interurbano, así como de las instalaciones conexas;
 - 7.5. Promover la construcción de terminales terrestres y regular su funcionamiento;
 - 7.6. Verificar y controlar el funcionamiento de vehículos automotores, a través de revisiones técnicas periódicas;⁽¹⁹⁶⁾
 - 7.7. Regular la circulación de vehículos menores motorizados o no motorizados, tales como mototaxis, taxis, triciclos y otros de similar naturaleza.
8. En materia de Seguridad Ciudadana:
 - 8.1. Crear, normar, dirigir y controlar el Sistema Metropolitano de Seguridad Ciudadana, con arreglo a la ley de la materia.
 - 8.2. Crear y desarrollar, conjuntamente con el Sistema Nacional de Defensa Civil, el Plan Metropolitano de Contingencia, para la prevención y atención de situaciones de emergencia y desastres; y
 - 8.3. Crear el sistema de promoción del deporte comunal y distrital, integrado por el representante de la oficina de Fomento del Deporte y el representante de la Junta Vecinal.

CONCORDANCIAS:

Const.	Art. 195
Ley N° 27972	Arts. 73 a 82, 154
Ley N° 27783	Arts. 33, 41
Ley N° 27314	Arts. 9, 10, 11
D.Leg. N° 613	Arts. 3, 6, 9, 60, 82



COMENTARIO

El presente artículo debe ser concordado con las competencias y atribuciones que establece la LOM (arts. 73 a 87) para la generalidad de municipalidades, teniendo en consideración que en caso de conflicto primarán las indicadas en el presente título.

(196) Numeral derogado por la Tercera Disposición Final de la Ley N° 29237, publicada el 28 mayo 2008.

Para el ejercicio de las competencias, es importante tener en cuenta lo dispuesto en el art. 154 de la LOM, que la Municipalidad Metropolitana de Lima ejerce jurisdicción, en las materias de su competencia, sobre las municipalidades distritales ubicadas en el territorio de la provincia de Lima. Se rigen por las disposiciones establecidas para las municipalidades distritales en general, en concordancia con las competencias y funciones metropolitanas especiales, con las limitaciones comprendidas en la presente ley y las que se establezcan mediante ordenanza metropolitana; y el art. 155 de la LOM que establece que las demás disposiciones de la LOM rigen también para la Municipalidad Metropolitana de Lima y las municipalidades distritales de su jurisdicción en todo aquello que no se oponga expresamente al presente título. Es decir, en cuanto a las competencias de la Municipalidad Metropolitana de Lima, se regulan por el presente artículo y los demás del Título XIII de la LOM, y supletoriamente o en lo que no contradiga al presente título, se aplicarán las demás disposiciones de la LOM. Asimismo, debe tenerse en cuenta que en caso de discrepancias generadas por el fenómeno de conurbación provincial, la decisión final corresponde a la Municipalidad Metropolitana de Lima.

Disposición similar contempla el art. 44 de la Ley N° 27783 - Ley de Bases de la Descentralización, que precisa: “44.1. Las competencias municipales señaladas en los artículos precedentes, se distribuyen en la Ley Orgánica de Municipalidades, según la jurisdicción provincial o distrital, precisando los niveles y funciones en cuanto a normatividad, regulación, administración, ejecución, promoción, supervisión y control. 44.2. La misma Ley asigna un régimen especial a la Municipalidad Metropolitana de Lima”.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta el art. 69 de la misma Ley N° 28767 - Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales, que señala: “Las transferencias de competencias, funciones y recursos, así como de proyectos de inversión, se realizan a través de una Comisión Bipartita de Transferencia, integrada por cuatro representantes del Consejo Nacional de la Descentralización y cuatro representantes de la Municipalidad Metropolitana de Lima conforme a lo establecido por la presente Ley”; el art. 70, que dispone que: “Por iniciativa del Presidente del Gobierno Regional del Callao, o por el Alcalde de Lima Metropolitana y/o promovidas por el Consejo Nacional de Descentralización se crearán Comités de Coordinación Interregional, como órganos intergubernamentales de carácter regional para la coordinación y planificación de los servicios públicos e inversiones interregionales. Está conformado por dos representantes de cada instancia de gobierno y un miembro del Consejo Nacional de Descentralización, con voz y sin voto”; y el art. 71 que precisa: “En caso de existir continuidad con regiones colindantes, los servicios públicos regionales, deben ser gestionados por Regímenes de Gestión Común en base a los criterios de proporcionalidad a la demanda de servicios por atender y a los aportes financieros que cada organismo público debe aportar”.

Carácter excepcional de las competencias de la MML

El TC en la STC Exp. N° 0015-2003-AI/TC evalúa el carácter excepcional de las competencias asignadas a la Municipalidad Metropolitana:

“4. Este binomio funcional (regional y local) asignado a la MML se encuentra reconocido en el artículo 152 de la Ley Orgánica de Municipalidades, en cuanto establece que “la capital de la República es sede de la MML, la que ejerce

jurisdicción exclusiva sobre la provincia de Lima **en materias municipales y regionales**' (resaltado agregado). Asimismo, el artículo 65 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales estipula que la MML 'posee autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia **regional y municipal**. En casos de discrepancias generadas por el fenómeno de conurbación provincial, la decisión final corresponde a la Municipalidad Metropolitana de Lima' (resaltado agregado).

5. Esta sui géneris condición funcional de la MML en la estructura orgánica descentralizada del Estado es, a su vez, reafirmada al atribuírsele un cúmulo de competencias, denominadas 'especiales', en materia de planificación, desarrollo urbano y vivienda, promoción de desarrollo económico y social, abastecimiento de bienes y servicios básicos, industria, comercio y turismo, población y salud, saneamiento ambiental, transportes y comunicaciones, y seguridad ciudadana.

En opinión de este Colegiado, la naturaleza y condición particularmente específicas en la asignación de tales competencias especiales, taxativamente enumeradas en el artículo 161 de la Ley Orgánica de Municipalidades, las hacen privativas de la MML, sin perjuicio de que esta, en ejercicio de su autonomía institucional, resuelva ejercerlas en coordinación con otros órganos del Estado".

CAPÍTULO V

LA ASAMBLEA METROPOLITANA

ARTÍCULO 162.- CONFORMACIÓN

La Asamblea Metropolitana de Lima es el órgano consultivo y de coordinación de la Municipalidad Metropolitana de Lima, le corresponden, la coordinación para la eficiente ejecución de las funciones, desarrollo de planes y cumplimiento de fines de la Municipalidad Metropolitana, las funciones del Consejo de Coordinación Regional como órgano consultivo y de coordinación y las que norme la Ley. La ausencia de acuerdos por consenso en este órgano no impide al Concejo Metropolitano de Lima decidir sobre lo pertinente.

La Asamblea Metropolitana de Lima está presidida por el Alcalde Metropolitano e integrada por los alcaldes distritales y por representantes de la sociedad civil de la provincia. El Concejo Metropolitano de Lima reglamentará la participación de estos últimos.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972	Art. 153: 3)
Ley N° 27867	Art. 66
Ordenanza N° 1622-2012-MML	Art. 1



COMENTARIO

El art. 153 inc. 3 de la LOM señala que la Asamblea Metropolitana de Lima es un órgano de la Municipalidad Metropolitana de Lima.

El art. 66 de la Ley N° 28767 - Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales (modificada por la Ley N° 27902) dispone que a la **Asamblea Metropolitana de Lima** le corresponden las competencias y funciones del Consejo de Coordinación Regional⁽¹⁹⁷⁾,

(197) Ley N° 27867 (Modificado por la Ley N° 29053)

“**Artículo 11.- Estructura básica.** Los gobiernos regionales tienen la estructura orgánica básica siguiente:

EL CONSEJO REGIONAL es el órgano normativo y fiscalizador del gobierno regional. Está integrado por los Consejeros Regionales, elegidos por sufragio directo por un periodo de cuatro (4) años. El mandato es irrenunciable, con excepción de los casos previstos en la Constitución, pero revocable conforme a Ley.

como órgano consultivo y de coordinación de la Municipalidad Metropolitana de Lima,

LA PRESIDENCIA REGIONAL es el órgano ejecutivo del gobierno regional. El Presidente es elegido por sufragio directo conjuntamente con un Vicepresidente por un periodo de cuatro (4) años. El mandato es irrenunciable, con excepción de los casos previstos en la Constitución, pero revocable conforme a Ley.

EL CONSEJO DE COORDINACIÓN REGIONAL es un órgano consultivo y de coordinación del gobierno regional con las municipalidades. Está integrado por los alcaldes provinciales y por los representantes de la sociedad civil, con las funciones y atribuciones que le señala la presente Ley.

Artículo 11-A.- Composición y funcionamiento del Consejo de Coordinación Regional

El Consejo de Coordinación Regional tendrá la composición y funcionamiento siguiente:

a. Composición

El Consejo de Coordinación Regional está conformado por:

1. El Presidente Regional quien lo preside, pudiendo delegar tal función en el Vicepresidente Regional.
2. Los Alcaldes Provinciales de la Región.
3. Los representantes de las organizaciones de la sociedad civil.

La proporción de los alcaldes provinciales y la sociedad civil será de 60% y 40% respectivamente.

El Consejo Regional invitará a los alcaldes distritales y representantes de la sociedad civil, en las mismas proporciones de 60% y 40% establecidas para los miembros plenos.

Al menos la tercera parte de los representantes de la sociedad civil deberá corresponder a instituciones de empresarios y productores.

b. Representantes de la sociedad civil

Los representantes de la sociedad civil son elegidos democráticamente, por un periodo de 2 años, por los delegados legalmente acreditados de las organizaciones de nivel regional y provincial, según corresponda, que se hayan inscrito en el registro que abrirá para tal efecto el Gobierno Regional.

Para registrarse deberán acreditar personería jurídica y un mínimo de 3 años de actividad institucional comprobada. La elección de representantes será supervisada por el organismo electoral correspondiente.

Las organizaciones de la sociedad civil que podrán participar son, entre otras: organizaciones de productores, gremios empresariales, laborales, profesionales, agrarios y vecinales; universidades, iglesias, comunidades campesinas y nativas, mesas de concertación y organizaciones de mujeres y jóvenes.

Una misma organización o componente de ella no puede acreditarse simultáneamente a nivel provincial y regional.

c. Régimen de sesiones

El Consejo de Coordinación Regional se reúne ordinariamente dos veces al año y en forma extraordinaria cuando lo convoque el Presidente Regional. Puede ser convocado para opinar sobre cualquier asunto o consulta que requiera el Gobierno Regional. Siendo su naturaleza la concertación y la consulta, sus acuerdos se toman por consenso.

Los representantes del Consejo de Coordinación Regional en ningún caso perciben dietas, viáticos u otro tipo de asignación del Gobierno Regional.

La Gerencia de Planeamiento del Gobierno Regional actuará como secretaría técnica, debiendo oportunamente presentar los documentos para su análisis.

Artículo 11-B.- Funciones del Consejo de Coordinación Regional

Los miembros del Consejo de Coordinación Regional emiten opinión consultiva, concertando entre sí, sobre:

- a) El Plan Anual y el Presupuesto Participativo Anual;

y las que norme la Ley Orgánica de Municipalidades para su campo específico. Su composición es la que define la Ley Orgánica de Municipalidades. La ausencia de acuerdos por consenso en este órgano, no impide al Concejo Metropolitano de Lima decidir sobre lo pertinente.

Mediante Ordenanza N° 1622-2012-MML se ha aprobado el Reglamento de Conformación, Instalación y Funcionamiento de la Asamblea Metropolitana de Lima, cuyas principales disposiciones son las siguientes:

- La Asamblea Metropolitana de Lima (AML) es el órgano consultivo, de coordinación y concertación de la Municipalidad Metropolitana de Lima, integrada por el alcalde metropolitano, los 42 alcaldes distritales y los representantes de la sociedad civil de la metrópoli.
- La AML emite opinión consultiva, coordinando entre sí, sobre el Plan y Presupuesto Participativo Anual así como el Plan Regional de Desarrollo Concertado de Lima Metropolitana y otras que le encargue o solicite el Concejo Metropolitano de Lima, sus acuerdos no tienen efecto vinculante, salvo que sean aprobados por el Concejo Metropolitano de Lima o por acto administrativo o de administración interna, mediante el procedimiento y normas municipales establecidas en la Ley.

A estas funciones tiene que concordarse las dispuestas en el 11-B de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales.

- La AML no ejerce funciones, ni actos de gobierno. La ausencia de acuerdos por consenso no impide al Concejo Metropolitano de Lima decidir sobre lo pertinente.
- La conformación de la AML es como sigue: el alcalde de la Municipalidad Metropolitana de Lima quien la preside; los cuarenta y dos (42) alcaldes distritales que conforman la metrópoli; los veintinueve (29) representantes de las Organizaciones de la Sociedad Civil (OSC).
- La proporción de los alcaldes y la Sociedad Civil de la Región Metropolitana, es de 60 % y 40 % respectivamente. El 40 % correspondiente a la Sociedad Civil, será cubierto por veintinueve (29) representantes.
- El alcalde metropolitano puede delegar su representación en el Teniente Alcalde y/o los regidores metropolitanos. La representación de los alcaldes distritales es indelegable.

b) El Plan de Desarrollo Regional Concertado;

c) La visión general y los lineamientos estratégicos de los programas componentes del Plan de Desarrollo Regional Concertado;

d) Otras que le encargue o solicite el Consejo Regional.

El Consejo de Coordinación Regional no ejerce funciones ni actos de gobierno.

La ausencia de acuerdos por consenso no impide al Consejo Regional decidir sobre lo pertinente.

Artículo 12.- Organización del Órgano Ejecutivo del Gobierno Regional

El Órgano Ejecutivo del Gobierno Regional se organiza en Gerencias Regionales coordinadas y dirigidas por una Gerencia General. Se complementa con los órganos de línea, apoyo, asesoramiento y control que establece el reglamento correspondiente, conforme lo determine cada Gobierno Regional, de acuerdo a los límites presupuestales asignados para su gasto corriente".

- Los 29 representantes de la sociedad civil están representados por organizaciones y/o instituciones de carácter metropolitano y/o interdistrital, cuya representación es de acuerdo al siguiente detalle: Por dos (2) personas de las Organizaciones de la Sociedad Civil - OSC representantes de las organizaciones empresariales y agrupaciones similares de la Metrópoli; dos (2) representantes de los pequeños empresarios y asociaciones de comerciantes; un (1) representante de los empresarios de transporte urbano; dos (2) representantes de la OSC de Lima Norte; dos representantes de OSC de Lima Centro; dos (2) representantes de la OSC de Lima Este; dos representantes de la OSC de Lima Sur; dos (2) representantes de las instituciones de investigación social y apoyo al desarrollo; dos (2) representantes de las universidades y/o asociaciones educativas; dos (2) representantes de los colegios profesionales de Lima; dos (2) representantes de las asociaciones culturales, artísticas y deportivas; un (1) representante de las organizaciones sociales de base del vaso de leche; un (1) representante de las organizaciones sociales de base de los comedores populares; dos (2) representantes de las organizaciones laborales; dos (2) representantes de organizaciones de mujeres; dos (2) representantes de organizaciones de jóvenes.

Una misma organización o componente de ella no puede inscribirse simultáneamente a través de otras organizaciones que participen en el nivel metropolitano.

- El Concejo Metropolitano de Lima invitará a otros representantes de las OSC, y municipalidades de centros poblados menores que tienen atribuciones delegadas por la Municipalidad Metropolitana, así como instituciones públicas y privadas, para que participen en la AML, para lo cual se tendrá en consideración la naturaleza de los temas públicos a tratarse. Los representantes de las organizaciones invitadas tendrán voz pero no voto en la AML. Solamente podrán ser invitados los representantes de la sociedad civil cuyas instituciones estén debidamente inscritas en el Libro de Registro Metropolitano de Organizaciones de la Sociedad Civil.
- El alcalde de Lima y los cuarenta y dos (42) alcaldes distritales ejercen el cargo de miembros plenos de la AML, por un periodo igual al mandato para el que fueron elegidos, su mandato es irrenunciable.
- Las organizaciones representantes de la Sociedad Civil ejercen el cargo de miembros plenos por un periodo de dos (2) años.
- El Programa de Gobierno Regional de Lima Metropolitana actuará como Secretaría Técnica de la AML, siendo responsable de la preparación, comunicación, difusión, invitación, organización y funcionamiento de la Asamblea Metropolitana de Lima.

CAPÍTULO VI LOS ÓRGANOS DE ASESORAMIENTO METROPOLITANO

ARTÍCULO 163.- JUNTA DE PLANEAMIENTO METROPOLITANO

La Junta de Planeamiento es el órgano de asesoramiento de la Municipalidad Metropolitana de Lima en la formulación y evaluación de la planificación del desarrollo integral de la jurisdicción y en la gestión de los servicios públicos a su cargo. Está presidida por el Alcalde Metropolitano de Lima e integrada por alcaldes distritales y los representantes de más alto nivel de las reparticiones públicas relacionadas con las competencias y funciones específicas municipales. La integrarán también los delegados de las juntas vecinales comunales, de acuerdo a la norma municipal respectiva. El reglamento de organización interior de la municipalidad determina su organización y funcionamiento.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Art. 153



COMENTARIO

El art. 153 de la LOM señala que la Junta de Planeamiento es un órgano de asesoramiento de la Municipalidad Metropolitana de Lima. Este órgano es propio de la Municipalidad Metropolitana y la LOM no ha contemplado un órgano igual para las demás municipalidades del país. Quizá la figura más cercana lo constituyen los Consejos de Coordinación Local (arts. 98 a 105), aunque con una gran diferencia que estos son órganos de coordinación y concertación; por su parte, la Junta de Planeamiento Metropolitano es un órgano de asesoramiento en la formulación y evaluación de la planificación del desarrollo integral de Lima Metropolitana.

ARTÍCULO 164.- JUNTA DE COOPERACIÓN METROPOLITANA

La Junta de Cooperación es el órgano de asesoramiento de la Municipalidad Metropolitana de Lima en la gestión del desarrollo integral de la jurisdicción a su cargo. Está presidida por el Alcalde Metropolitano de Lima e integrada por los representantes de las

organizaciones sociales vecinales y de Instituciones de la Cooperación Internacional. El reglamento de organización interior de la municipalidad determina su organización y funcionamiento.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Art. 153



COMENTARIO

El art. 153 de la LOM que regula los órganos metropolitanos establece que la Junta de Cooperación Metropolitana es un órgano de asesoramiento en la gestión del desarrollo integral de Lima Metropolitana, a diferencia de la Junta de Planeamiento que asesora en la formulación y evaluación del desarrollo. Una institución cercana a esta lo constituyen las juntas vecinales (arts. 108 a 110 de la LOM), aunque con una gran diferencia que estas son órganos de coordinación y la junta de cooperación es un órgano de asesoramiento.

ARTÍCULO 165.- COMISIONES ESPECIALES DE ASESORAMIENTO

Las comisiones especiales de asesoramiento son los órganos de asesoría ad honorem constituidos por el Alcalde Metropolitano de Lima en los asuntos metropolitanos que estime necesarios. Su organización y funcionamiento se rigen con arreglo al acto administrativo que las constituye, según cada caso.

CONCORDANCIAS:

Ley N° 27972 Art. 153



COMENTARIO

Este artículo otorga la facultad al alcalde metropolitano para constituir comisiones especiales de asesoramiento, con el carácter de ad honorem. Su organización y funcionamiento se establecerán en el acto administrativo constitutivo y, por su naturaleza, tienen un carácter específico y temporal.

CAPÍTULO VII

LAS RENTAS METROPOLITANAS ESPECIALES

ARTÍCULO 166.- RENTAS METROPOLITANAS ESPECIALES

Son rentas municipales metropolitanas, además de las contenidas en la presente ley, las siguientes:

1. Las que genere el Fondo Metropolitano de Inversiones (INVERMET), así como las empresas municipales y organismos descentralizados que la conformen.
2. El íntegro de las rentas que por concepto del cobro de peaje se obtengan dentro de su jurisdicción.
3. Las demás que determine la ley.

CONCORDANCIAS:

Const.	Art. 196
Ley N° 27972	Art. 69
Ley N° 27783	Art. 46
D.Ley N° 22830	Art. 3



COMENTARIO

Este artículo hay que concordarlo con el art. 196 de la Constitución, el art. 46 de la Ley N° 27783 - Ley de Bases de la Descentralización y el art. 69 de la LOM.

Por otro lado, con respecto al Invermet, el art. 3 del D.L. N° 22830, que crea el Fondo Metropolitano de Inversiones en Fideicomiso - Invermet para el Concejo Municipal Provincial de Lima, señala lo siguiente: “Los fondos del Invermet serán empleados en beneficio de la comunidad urbana de la capital y depositados en cuentas a plazos u otras modalidades de similar resultado, en entidades bancarias o financieras de capital mayoritariamente estatal, o colocados en la adquisición de valores públicos y bancarios de fácil realización, según lo acuerde el Comité Directivo”.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

PRIMERA.- REGULARIZACIÓN REGISTRAL DE BIENES INSCRITOS

La Superintendencia Nacional de Registros Públicos - SUNARP -, a través de sus oficinas registrales, procederán a la regularización administrativa del tracto sucesivo o a la prescripción adquisitiva de dominio de los bienes inscritos, de conformidad con los reglamentos que para dichos efectos emita, tomando en consideración, en lo que resulte pertinente, lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 032-99-MTC.

Las acciones antes indicadas serán desarrolladas progresivamente y de oficio, sea directamente o por convenio con otras entidades públicas, salvo los supuestos de tramitación a pedido de parte que dispongan los reglamentos.

Lo dispuesto se aplicará en todo aquello que no se oponga a las acciones de formalización de la propiedad a cargo del Programa Especial de Titulación de Tierras y de COFOPRI; siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 2014 del Código Civil.

SEGUNDA.- ASIGNACIÓN GRADUAL DE COMPETENCIAS

La asignación de competencias a las municipalidades provinciales y distritales a que se refieren los artículos 73 y siguientes, se realizará de manera gradual de acuerdo a la normatividad de la materia, respetando las particularidades de cada circunscripción.

TERCERA.- NORMAS ESPECIALES PARA MUNICIPIOS RURALES

El Poder Ejecutivo, a propuesta de la Contaduría de la Nación, la Contraloría General de la República, así como el Ministerio de Justicia, mediante decreto supremo, dictará normas especiales acordes a la realidad de las municipalidades rurales que no cuentan con los recursos humanos y económicos para aplicar las normas vigentes.

CUARTA.- CUMPLIMIENTO PROGRESIVO DE COMPETENCIAS Y FUNCIONES

Las competencias y funciones específicas contempladas en la presente ley que se encuentren supeditadas al proceso de descentralización establecido en la Ley de Bases de Descentralización, se cumplirán progresivamente conforme se ejecuten las transferencias de la infraestructura, acervo, recursos humanos y presupuestales, y cualquier otro que correspondan, dentro del marco del proceso de descentralización.

QUINTA.- TRANSFERENCIA DE FUNCIONES

El Consejo Nacional de Descentralización, en coordinación con los sectores, iniciará en el año 2003 el proceso de transferencia de funciones a los gobiernos locales de los fondos y proyectos sociales, así como de los programas sociales de lucha contra la pobreza.

SEXTA.- TRANSFERENCIA DE RECURSOS ECONÓMICOS

En concordancia con los principios y criterios de gradualidad, neutralidad y de provisión contenidos en los artículos 4, 5 y 14 de la Ley N° 27783, Ley de Bases de Descentralización, las transferencias de recursos económicos del gobierno nacional a los gobiernos locales, se incrementarán en cada ejercicio fiscal, de acuerdo al avance del proceso de descentralización. Los gobiernos locales adoptarán acciones administrativas orientadas a incrementar sus ingresos propios en función a lo que se disponga en la Ley de Descentralización Fiscal.

Para el ejercicio fiscal 2004, el incremento de las transferencias permitirá a los gobiernos locales, una participación no menor al 6 % (seis por ciento) del total del Presupuesto del Sector Público. A partir del año 2005, y por un lapso de 4 (cuatro) años, esta participación se incrementará anualmente hasta alcanzar no menos del 12 % (doce por ciento) del total del Presupuesto del Sector Público.

SÉTIMA.- COMISIONES SECTORIALES DE TRANSFERENCIA

Para asegurar que el proceso de transferencia se realice en forma progresiva y ordenada, el Poder Ejecutivo constituirá, dentro de los 10 (diez) primeros días hábiles contados a partir de la vigencia de la presente Ley, comisiones sectoriales de transferencia, presididas por los viceministros de los sectores correspondientes.

Las comisiones sectoriales de transferencia propondrán, hasta el último día útil del mes de febrero de cada año, los planes anuales de transferencia, los mismos que serán presentados al Consejo Nacional de Descentralización.

Hasta el último día útil del mes de marzo del año correspondiente el Consejo Nacional de Descentralización evaluará y articulará los planes sectoriales y coordinará la formulación del plan anual de transferencia de competencias sectoriales a las municipalidades, el mismo que será presentado para su aprobación por decreto supremo, con el voto favorable del Consejo de Ministros.

OCTAVA.- INSCRIPCIÓN DE PREDIOS DE MUNICIPALIDADES

Los predios que correspondan a las municipalidades en aplicación de la presente ley se inscriben en el Registro de Predios por el solo mérito del acuerdo de concejo que lo disponga, siempre que no se encuentren inscritos a favor de terceros.

En este único supuesto, la regularización de la titularidad municipal estará exonerada del pago de derechos registrales, siempre que se efectúe en el plazo de un año a partir de la vigencia de la presente ley.

NOVENA.- LISTADO DE MUNICIPALIDADES RURALES

Mediante decreto supremo, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, se aprobará el listado de las municipalidades rurales.

DÉCIMA.- FUNCIONES EN MATERIA REGIONAL

Las funciones de la Municipalidad Metropolitana de Lima en materia regional se determinan en la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales.

DÉCIMO PRIMERA.- REEMBOLSO POR OBRAS Y SERVICIOS

La ejecución de obras e instalación de servicios de agua potable, alcantarillado sanitario y pluvial, disposición sanitaria con excretas y electrificación hecha con aportes de la población, constituyen patrimonio de la municipalidad donde se ejecutaron las mismas. Por tanto la entidad prestadora que opera en esa localidad, recepcionará dicha infraestructura con carácter de contribución reembolsable.

Este reembolso podrá hacerse a través de la transferencia de acciones, bonos u otras modalidades que garanticen su recuperación real.

Los recursos que obtengan las municipalidades por dicho concepto deberán ser utilizados en obras dentro de su jurisdicción, bajo responsabilidad.

DÉCIMO SEGUNDA.- CENTROS POBLADOS

Las municipalidades de centros poblados creadas a la vigencia de la presente ley adecuan su funcionamiento, en lo que sea pertinente, a las normas dispuestas en la presente ley. Los centros poblados creados por resoluciones expresas se adecuan a lo previsto en la presente Ley, manteniendo su existencia en mérito a la adecuación respectiva y las ordenanzas que sobre el particular se expidan.

El periodo de los alcaldes y regidores de los centros poblados existentes se adecua a lo previsto en la presente ley.

DÉCIMO TERCERA.- PREDIOS EN CONFLICTO LIMÍTROFE

Tratándose de predios respecto de los cuales dos o más jurisdicciones reclamen para sí los tributos municipales que se calculan en base al valor de autovalúo de los mismos o al costo de servicio prestado, se reputarán como válidos los pagos efectuados al municipio de la jurisdicción a la que corresponda el predio según inscripción en el registro de propiedad inmueble correspondiente. En caso de predios que no cuenten con inscripción registral, se reputarán como válidos los pagos efectuados a cualquiera de las jurisdicciones distritales en conflicto, a elección del contribuyente.

La validación de los pagos, conforme a lo anterior, tendrá vigencia hasta que se defina el conflicto de límites existente, de manera tal que a partir del año siguiente a aquél en que se defina el conflicto de límites, se deberá tributar al municipio a cuya jurisdicción se haya atribuido el predio.

A partir del día de publicación de la presente norma, se dejará sin efectos todo proceso de cobranza iniciado respecto de tributos municipales por los predios ubicados en zonas de conflicto de jurisdicción, a la sola acreditación por el contribuyente de los pagos efectuados de acuerdo a los párrafos precedentes de este artículo.



COMENTARIO

Con relación a esta disposición referida a los predios ubicados en zonas de conflicto de límites, cabe señalar que el Tribunal Fiscal, mediante RTF N° 09531-5-2009 del 22 de setiembre de 2009, evaluó la queja presentada contra el ejecutor coactivo de la Municipalidad Distrital de Santiago de Surco por haberle iniciado indebidamente cobranza coactiva por impuesto predial y arbitrios municipales vinculados a su inmueble que según el recurrente se encontraría ubicado en el distrito de San Juan de Miraflores. Argumenta que ante la existencia de un conflicto de límites distritales debe aplicarse la Décimo Tercera Disposición complementaria de la LOM, en virtud de la cual, al no encontrarse ubicada su propiedad en el distrito de Santiago de Surco, según información

regstral, debe suspenderse el procedimiento de cobranza coactiva iniciado en su contra por dicha municipalidad y levantarse la medida de embargo en forma de inscripción que esta ha trabado. El Tribunal Fiscal, declara fundada la queja, estableciendo el siguiente precedente vinculante: "En el caso de procedimientos de cobranza coactiva de obligaciones tributarias seguidos respecto de predios ubicados en zonas en las cuales existe conflicto de competencia entre municipalidades, procede ordenar su suspensión en la vía de queja en aplicación del inciso b) del numeral 31.1 del artículo 31 de la Ley del Procedimiento de Ejecución Coactiva, si según la inscripción en el registro de propiedad inmueble los predios corresponden a la jurisdicción de una municipalidad distinta a aquella que inició la cobranza, aun cuando el quejoso no acredite el pago de las obligaciones puestas a cobro ante la primera de ellas".

Sobre el mismo tema ha resuelto el TC en el Exp. N° 00004-2009-PCC/TC que: "El problema de doble régimen tributario sobre una misma zona territorial, sin embargo, tiene solución en la Decimotercera Disposición Final de la Ley Orgánica de Municipalidades (Ley N° 27972), la cual ha dispuesto que: "Tratándose de predios respecto de los cuales dos o más jurisdicciones reclamen para sí los tributos municipales (...) se reputarán como válidos los pagos efectuados al municipio de la jurisdicción a la que corresponda el predio según inscripción en el registro de propiedad inmueble correspondiente (...). La validación de pagos, conforme a lo anterior, tendrá vigencia hasta que se defina el conflicto de límites existente, de manera tal que a partir del año siguiente a aquel en que se defina el conflicto de límites, se deberá tributar al municipio a cuya jurisdicción se haya atribuido el predio. (...) En caso de predios que no cuenten con inscripción registral, se reputarán como válidos los pagos efectuados a cualquiera de las jurisdicciones distritales en conflicto, a elección del contribuyente".

Esta previsión legal, por lo demás, ha sido utilizada ya por este Colegiado para resolver problemas de doble tributación (así, por ejemplo, en la STC 6512-2005-AA/TC, f. j. 5), así como por el Tribunal Fiscal (por ejemplo, en la Resolución N° 00130-7-2009), organismo que incluso ha establecido un precedente de observancia obligatoria mediante Resolución N° 09531-5-2009, de acuerdo al cual: "En el caso de procedimientos de cobranza coactiva de obligaciones tributarias seguidos respecto de predios ubicados en zonas en las cuales existe conflicto de competencia entre municipalidades, procede ordenar su suspensión en la vía de queja en aplicación del inciso b) del numeral 31.1 del artículo 31 de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva, si según la inscripción en el registro de propiedad inmueble los predios corresponden a la jurisdicción de una municipalidad distinta a aquella que inició la cobranza, aun cuando el quejoso no acredite el pago de las obligaciones puestas a cobro ante la primera de ellas".

DÉCIMO CUARTA.- REGULARIZACIÓN DE EDIFICACIONES

Los propietarios de edificaciones que hayan sido construidas sin licencia de construcción y/o en terrenos sin habilitación urbana, hasta el 31 de diciembre de 2003, podrán regularizar su situación, sin pago de multas ni otras sanciones, hasta el 31 de diciembre de 2005, mediante el procedimiento de regularización de edificaciones a que se refiere la Ley N° 27157 y normas reglamentarias.

Disposición modificada por el artículo 1 de la Ley N° 28437 publicada el 28 de diciembre de 2004.

DÉCIMO QUINTA.- SISTEMA DE ACREDITACIÓN

El sistema de acreditación de los gobiernos locales es regulado por ley, con votación calificada, sobre la base de la propuesta técnica elaborada por el Consejo Nacional de Descentralización.

DÉCIMO SEXTA.- PRESUPUESTOS PARTICIPATIVOS

Las municipalidades determinarán espacios de concertación adicionales a los previstos en la presente ley y regularán mediante ordenanza los mecanismos de aprobación de sus presupuestos participativos.

DÉCIMO SÉTIMA.- REPROGRAMACIÓN DE DEUDAS

Las deudas provenientes de aportes a las diferentes entidades del Estado que se encuentren pendientes de pago hasta el 31 de diciembre de 2002 podrán reprogramarse, refinanciarse o reestructurarse, con un plazo no menor a los cuatro años ni mayor a los diez años. Los términos y condiciones del fraccionamiento especial a favor de los municipios, se determinará por libre acuerdo entre las partes.

DÉCIMO OCTAVA.- PENSIONES DEL D.L. N° 20530

Las municipalidades que tengan a su cargo beneficiarios del Decreto Ley N° 20530, deberán priorizar el pago oportuno de sus pensiones pendientes o por generarse; para tal efecto y cuando estas no puedan ser cubiertas con los otros ingresos de sus presupuestos, deberán disponer de hasta el diez por ciento de los recursos del Fondo de Compensación Municipal (FONCOMUN). Incurrir en responsabilidad los Concejos que contravengan lo dispuesto en el presente párrafo.

DÉCIMO NOVENA.- PORTALES ELECTRÓNICOS

Para la implementación de los portales electrónicos el Consejo Nacional de Descentralización diseñará un software con una estructura uniforme para todas las municipalidades.

VIGÉSIMA.- DECLARACIÓN DE EMERGENCIA

Las municipalidades provinciales o distritales, por única vez, con acuerdo adoptado por dos tercios de los miembros del concejo municipal, podrán declararse en emergencia administrativa o financiera, por un plazo máximo de noventa días, con el objeto de hacer las reformas, cambios o reorganizaciones que fueran necesarias para optimizar sus recursos y funciones, respetando los derechos laborales adquiridos legalmente.



COMENTARIO

Una cuestión interesante sobre la interpretación de la presente disposición se dio con ocasión del pedido de vacancia contenido en la Resolución N° 0004-2012-JNE, por la adopción, en la sesión extraordinaria de fecha 31 de enero de 2011, de un acuerdo de concejo municipal que declara en emergencia administrativa y financiera la Municipalidad Distrital de El Porvenir por un plazo máximo de noventa (90) días, ya que ello contraviene a) la vigésima disposición complementaria de la LOM, puesto que esta estuvo pensada para ser implementada con la promulgación de la norma y no varios años después; b) el artículo 9 de la LOM, debido a que no contempla entre las competencias del Concejo Municipal declarar en emergencia administrativa y financiera a la respectiva municipalidad; y c) el artículo 118, numeral 19, de la Constitución Política que dispone que solo el Presidente de la República está facultado para dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera. El JNE declaró infundado el pedido basado en lo siguiente: “En lo que respecta a la primera imputación, esto

es, a la declaratoria en emergencia administrativa y financiera de la municipalidad, cabe mencionar que esta no supone ninguna modificación en el ordenamiento jurídico ni en la estructura orgánica del referido gobierno local, sino solamente la manifestación de voluntad del concejo municipal que integran los regidores cuya vacancia se solicita, de mejorar la gestión y optimizar los recursos existentes. Ciertamente es que como consecuencia de dicha decisión se adoptarán y ejercerán funciones administrativas y ejecutivas, pero la sola decisión de declarar en emergencia administrativa y financiera a la Municipalidad Distrital de El Porvenir no constituye el ejercicio de ninguna de las funciones antes mencionadas, por lo que debe desestimarse el pedido de vacancia respecto de dicha imputación”.

Surge de esta resolución, además, que la atribución de declarar en emergencia administrativa o financiera es permanente en el tiempo y no fue dado en el marco de la promulgación de la ley, como lo ha interpretado el recurrente.

Otra manifestación del JNE en ese sentido la constituye la Resolución N° 024-2012-JNE: “Sin perjuicio de lo expuesto, cabe señalar que los regidores en el ejercicio de sus atribuciones políticas pueden adoptar decisiones que tiendan a mejorar la gestión y optimizar los recursos existentes, tales como declarar en emergencia administrativa y financiera al concejo provincial, en cuyo caso dicha manifestación de voluntad no puede constituir, per se, el ejercicio de una función administrativa o ejecutiva, pues estas se ejecutarán de ser el caso en una oportunidad posterior y por la autoridad o funcionario premunido para ello. Dicho criterio ha sido establecido por este órgano colegiado en el Expediente N° J-2011-00759”.

VIGÉSIMO PRIMERA.- FONDOS MUNICIPALES DE INVERSIÓN

Los fondos municipales de inversión se mantienen vigentes y se rigen por su ley de creación.

VIGÉSIMO SEGUNDA.- MEDIDAS EXTRAORDINARIAS

Cuando la gestión financiera y presupuestaria de los gobiernos locales comprometa gravemente la estabilidad macroeconómica del país, podrán dictarse medidas extraordinarias en materia económica y financiera conforme inciso 19) del artículo 118 de la Constitución Política del Perú.

VIGÉSIMO TERCERA.- FONDO DE COMPENSACIÓN MUNICIPAL

Hasta la entrada en vigencia de la Ley de Descentralización Fiscal los recursos mensuales que perciben las municipalidades por concepto del Fondo de Compensación Municipal no podrán ser inferiores al monto equivalente a 8 UIT vigentes a la fecha de aprobación de la Ley Anual de Presupuesto.

VIGÉSIMO CUARTA.- VIGENCIA DE LA AMPE

En concordancia con el artículo 125 de la presente Ley, se mantiene la vigencia de la Asociación de Municipalidades del Perú, AMPE.

VIGÉSIMO QUINTA.- DISPOSICIÓN DEROGATORIA

Derógase la Ley N° 23853 que aprueba la Ley Orgánica de Municipalidades, sus normas legales complementarias y toda disposición legal que se oponga a la presente ley, en lo que corresponda.

LEY DE BASES DE LA DESCENTRALIZACIÓN

LEY N° 27783

Promulgada el 17 de julio de 2002
Publicada el 20 de julio de 2002
Vigente a partir del 21 de julio de 2002

(Se comenta la parte referida a los
gobiernos locales: arts. 40 a 53)

TÍTULO VII^(*) EL GOBIERNO LOCAL

CAPÍTULO I CONFORMACIÓN DE MUNICIPALIDADES

ARTÍCULO 40.- DEFINICIÓN DE MUNICIPALIDADES

Las municipalidades son órganos de gobierno local que se ejercen en las circunscripciones provinciales y distritales de cada una de las regiones del país, con las atribuciones, competencias y funciones que les asigna la Constitución Política, la Ley Orgánica de Municipalidades y la presente Ley. En la capital de la República el gobierno local lo ejerce la Municipalidad Metropolitana de Lima. En los centros poblados funcionan municipalidades conforme a ley.

CONCORDANCIAS:

Const.	Art. 194
LOM	Título Preliminar, Arts. 2, 3 y 4



COMENTARIO

La Ley N° 27783 - Ley de Bases de la Descentralización (en adelante, LBD) tiene como uno de sus propósitos, de acuerdo a su art. 2, entre otros, regular la conformación de las municipalidades, fijar sus competencias, determinar sus bienes y recursos, y regular las relaciones con los otros niveles de gobierno. Para su aplicación, sus

(*) Nuestros comentarios a los arts. 40 a 53 de la Ley de Bases de la Descentralización fueron publicados originalmente como parte del Libro *Derecho regional: normatividad esencial del proceso de descentralización peruano* (Vol. I). Jaime Campodónico Editor, Lima, 2005. A pedido de su autor, nuestro recordado amigo y colega Dr. Adolfo Céspedes Zavaleta, quien acompañó la siguiente nota: "No queremos iniciar este trabajo de investigación sin dejar de agradecer a todas las personas que han colaborado de forma directa e indirecta con este proyecto, especialmente al Dr. Jorge Luis Alva Luperdi, quien prestó su apoyo en la elaboración del capítulo II y con quien iniciáramos esta idea, y al Dr. Johnny Mállap, el cual ha colaborado con los comentarios a la LBD en la parte referida a los Gobiernos Locales (...)".

disposiciones tienen que ser concordadas con la Constitución Política del Estado y la Ley Orgánica de Municipalidades. Si bien en la doctrina se diferencian las definiciones municipio, municipalidad y gobiernos locales⁽¹⁾, la LBD (tal como la Ley Orgánica de Municipalidades) usa indistintamente los términos municipalidad y gobierno local, y por tanto así debe ser entendida.

Este artículo de la LBD tiene como objeto definir a las municipalidades, tal como lo hace el art. 194 de la Constitución (modificada por la Ley N° 27680) y el art. I del Título Preliminar de la Ley Orgánica de Municipalidades. Esencialmente precisan que las municipalidades son órganos de gobierno con autonomía política, económica y administrativa, en los asuntos de su competencia; por tanto, como verdaderos gobiernos, no son entes anexos al gobierno central y cuyo propósito (como había sido entendido tradicionalmente) no se reduce a la prestación de servicios locales, sino que deben liderar y buscar el desarrollo económico sostenible y armónico de sus respectivas circunscripciones.

De las definiciones constitucionales y normativas, podemos extraer las siguientes características de los gobiernos locales:

- a) **Son entidades básicas de la organización territorial del Estado.** En otros términos, conforman la estructura y organización vital del Estado peruano, que no existiría sin la presencia de las municipalidades. Esta disposición debe ser concordada con el art. 189 de la Constitución, modificada por la Ley N° 27689, que prescribe: “El territorio de la República está integrado por regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se constituye y organiza el gobierno a nivel nacional, regional y local, en los términos que establece la Constitución y la ley, preservando la unidad e integridad del Estado y la Nación. El ámbito del nivel regional de gobierno son las regiones y departamentos. El ámbito del nivel local de gobierno son las provincias, distritos y centros poblados”.
- b) **Son canales inmediatos de participación vecinal.** Este es un rasgo esencial de las municipalidades y es reconocimiento a que los gobiernos locales emanan de la voluntad popular y, por tanto, son los entes más cercanos a la población y sus problemas. Las municipalidades, por tanto, son el punto de encuentro entre la sociedad civil (con sus demandas y propuestas) y la sociedad política (el Estado).
- c) **Institucionalizan y gestionan con autonomía los intereses de sus colectividades y son promotores del desarrollo local.** Institucionalizar es crear reglas formales e informales y sus mecanismos de cumplimiento. Significa también, además de gestionar de forma autónoma los intereses locales, tomar todas las medidas necesarias para asegurar que los procesos de cambio, impulsados

(1) “Municipio, es la entidad social integrada por tres elementos inseparables como son la población, el territorio y la capacidad de autogobierno (o Poder Municipal). Municipalidad, la institución que en representación del Municipio cumple la función de gobierno y administración, con la finalidad de lograr el desarrollo de su circunscripción y satisfacer las necesidades elementales de los vecinos. Gobierno Local, la autoridad que ejerce la función normativa y ejecutiva del municipio, integrada por el Concejo Municipal (Alcalde y Regidores) y el Alcalde”. SANTA MARÍA CALDERÓN, Luis y MÁLLAP Rivera, Johnny. *Legislación municipal comentada*. Normas Legales, Trujillo, 2003, p. 19.

desde la municipalidad, sean flexibles a las circunstancias concretas pero permanentes en su visión de futuro.

Además, corresponde a las municipalidades ser promotores del desarrollo de sus circunscripciones. Este aspecto es muy importante y da continuidad histórica a un elemento introducido en la Carta Política de 1979, por el cual las municipalidades dejaron de ser “dependencias del Gobierno central”, “agencias del Estado” o “empresas municipales” para convertirse en verdaderos gobiernos locales, con el deber de ser agentes de desarrollo local, lo que conlleva elaboración de planes, convocatoria a la población, coordinación con otros niveles de gobierno, financiamiento y ejecución de obras.

En cuanto a la autonomía de sus funciones, se les reconoce autonomía política, económica y administrativa, dentro de los límites de sus competencias y conservando la unidad del Estado y la nación. Como ha sostenido el Tribunal Constitucional⁽²⁾, mediante la autonomía municipal se garantiza a los gobiernos locales “desenvolverse con plena libertad en los aspectos administrativos, económicos y políticos (entre ellos, los legislativos, Fund. Jur. N° 6). Es decir, se garantiza que los gobiernos locales, en los asuntos que constitucionalmente les atañen, puedan desarrollar las potestades necesarias para garantizar su autogobierno. “Sin embargo, autonomía no debe confundirse con autarquía, pues desde el mismo momento en que aquella le viene atribuida por el ordenamiento, su desarrollo debe realizarse con respeto a ese ordenamiento jurídico. (...) No supone autarquía funcional al extremo de que, de alguna de sus competencias pueda desprenderse desvinculación parcial o total del sistema político o del propio orden jurídico en el que se encuentra inmerso cada gobierno municipal. En consecuencia, no porque un organismo sea autónomo deja de pertenecer al Estado, pues sigue dentro de él y, como tal, no puede apartarse del esquema jurídico y político que le sirve de fundamento a este y, por supuesto a aquel”⁽³⁾.

ARTÍCULO 41.- ASIGNACIÓN DE COMPETENCIAS A LAS MUNICIPALIDADES

Las competencias que se asignarán a las municipalidades serán las siguientes:

1. **Competencias exclusivas comunes a todas las municipalidades distritales y provinciales, sin diferenciación de su ubicación, población, capacidad de gestión o recursos.**
2. **Competencias claramente diferenciadas entre las municipalidades distritales y provinciales.**
3. **Competencias exclusivas para las municipalidades provinciales.**
4. **Competencias diferenciadas para las municipalidades con regímenes especiales.**
5. **Competencias delegadas del gobierno central que pueden irse transfiriendo gradualmente mediante convenio.**
6. **Funciones de competencias ejercidas en mancomunidades de municipalidades.**

(2) STC Exp. N° 007-2001-AA/TC.

(3) Fund. Jur. N° 6, Exp. N° 007-2001-AI/TC.

7. Delegación de competencias y funciones a las municipalidades de centros poblados, incluyendo los recursos correspondientes.

CONCORDANCIAS:

Const.	Arts. 195, 197
LBD	Arts. 13 al 16
LOM	Título Preliminar

 **COMENTARIO**

La LBD regula el tema de las competencias, además de este artículo, en sus arts. 13 al 16. El marco jurídico dentro del cual se asignan y transfieren las competencias abarca la Constitución, la LBD, La LOGR y la LOM, además de las normas reglamentarias y afines.

Para la asignación y transferencia de los diversos tipos de competencias se manejan los siguientes criterios: subsidiariedad, selectividad y proporcionalidad, provisión y concurrencia. Por la subsidiariedad, el gobierno más cercano a la población es el más idóneo para ejercer la competencia o función, evitando la superposición o duplicación de funciones y el atisgamiento de un órgano inferior por el superior.

Por el criterio de selectividad y proporcionalidad, la transferencia de competencias tomará en cuenta la capacidad de gestión efectiva, la que será determinada de acuerdo a criterios técnicos y objetivos.

Por el criterio de provisión, toda asignación de competencia debe estar acompañada necesariamente por los recursos financieros, técnicos y humanos que aseguren su continuidad y eficiencia.

Por el criterio de concurrencia, en el ejercicio de competencias compartidas, cada nivel de gobierno deberá actuar de manera oportuna y eficiente, cumpliendo su función y respetando el campo de acción de los otros niveles de gobierno.

También se señala como elemento a tener en cuenta las externalidades nacional, regional y local que trascienda el ámbito específico donde se va a ejecutar la función, y la necesidad de propiciar economía de escalas.

Todos los criterios referidos, salvo el último cuando corresponda, deben ser concurrentes a efectos de una asignación o transferencia de competencia objetiva y con posibilidades de éxito.

El Tribunal Constitucional ha establecido⁽⁴⁾, refiriéndose a los criterios de subsidiariedad, selectividad y proporcionalidad, que una materia solamente podrá ser asignada al gobierno más próximo si a partir del análisis de la competencia discutida, esta concesión favorece a la población en un triple sentido: a) el propósito de la asignación debe ser congruente con los fines de la Constitución, adecuándose la solución concreta a los principios básicos de la descentralización; b) la solución arribada deber ser la más efectiva y adecuada admisible, pues tal prescindibilidad significa elegir entre las medidas

(4) Exp. N° 002-2005-PI/TC, §2, 50.

posibles, la más “benigna”; y c) racionalmente, tal determinación de contenidos no debe afectar el funcionamiento de alguno de los gobiernos existentes, por lo que se buscará la conveniencia constitucional del resultado al cual se llegue.

Concomitante a todo ello, aunque no fijado explícitamente por la LBD, un elemento a tener en cuenta es la participación civil, en el entendido que la asignación de competencias debe favorecerla. Si en la eficiencia se pone el peso, mayormente, en los beneficios económicos; en la participación se buscará que la medida aliente la democracia participativa, cumpliendo así con los objetivos políticos de la descentralización, contenidos en el art. 6 de la LBD.

Finalmente, es necesario resaltar dos aspectos medulares desde la perspectiva de una descentralización eficiente. Primero, toda asignación y transferencia de competencias debe tener en cuenta el principio de unidad del Estado. “La unidad se configura así en el fundamento de la organización del Estado, por lo que atribución de autonomías y competencias no puede efectuarse al margen de este sentido esencial de nuestra organización. Por ello, se debe tener en cuenta al momento de aplicar la subsidiariedad, que el objeto de la descentralización es, además de sus fines administrativos y económicos, preservar la unidad del Estado. Ninguna competencia o función, bajo el amparo del principio de subsidiariedad, puede ser reclamada o asumida si se quiebra el elemental concepto de unidad estatal”⁽⁵⁾.

Segundo, toda asignación o transferencia de competencias debe ser un auténtico reconocimiento de poder, para que el órgano subnacional correspondiente actúe con autonomía dentro de la Constitución y la ley en los asuntos que le conciernen. Como explica Giannini: “Una organización de poderes públicos en la cual haya un ente central, constituido por el Estado-persona y por una serie de entes no centrales, de carácter territorial, como las provincias o municipios, conformada de manera que a los entes territoriales le sean sustraído poderes reales de dirección general y de alta administración debe decirse regulada por la fórmula del centralismo y no por aquella de la descentralización; que las figuras subjetivas no centrales sean entes en vez de órganos no tiene relevancia, frente al hecho de que aquellos no tienen ni funciones de gestión ni de ejecución”⁽⁶⁾.

(5) MÁLLAP RIVERA, Johnny. “Principio de subsidiariedad y su ámbito de aplicación”. Suplemento Jurídico del diario oficial *El Peruano*, del 28 de junio de 2005.

(6) GIANNINI, Massimo Severo. Citado por Johnny Zas Friz Burga. *El sueño obcecado. La descentralización política en la América Latina*. Fondo Editorial del Congreso del Perú. Lima, 2001. p. 25.

CAPÍTULO II

COMPETENCIAS MUNICIPALES

ARTÍCULO 42.- COMPETENCIAS EXCLUSIVAS

- a) Planificar y promover el desarrollo urbano y rural de su circunscripción, y ejecutar los planes correspondientes.
- b) Normar la zonificación, urbanismo, acondicionamiento territorial y asentamientos humanos.
- c) Administrar y reglamentar los servicios públicos locales destinados a satisfacer necesidades colectivas de carácter local.
- d) Aprobar su organización interna y su presupuesto institucional conforme a la Ley de Gestión Presupuestaria del Estado y las Leyes Anuales de Presupuesto.
- e) Formular y aprobar el plan de desarrollo local concertado con su comunidad.
- f) Ejecutar y supervisar la obra pública de carácter local.
- g) Aprobar y facilitar los mecanismos y espacios de participación, concertación y fiscalización de la comunidad en la gestión municipal.
- h) Dictar las normas sobre los asuntos y materias de su responsabilidad y proponer las iniciativas legislativas correspondientes.
- i) Otras que se deriven de sus atribuciones y funciones propias, y las que señale la Ley.

CONCORDANCIAS:

Const. Art. 195
Directiva N° 010-2003-EF-76.01 (aprobada por la R.D. N° 020-2003-EF-76.01)

ARTÍCULO 43.- COMPETENCIAS COMPARTIDAS

- a) Educación. Participación en la gestión educativa conforme lo determine la ley de la materia.
- b) Salud pública.
- c) Cultura, turismo, recreación y deportes.
- d) Preservación y administración de las reservas y áreas naturales protegidas locales, la defensa y protección del ambiente.

- e) Seguridad ciudadana.
- f) Conservación de monumentos arqueológicos e históricos.
- g) Transporte colectivo, circulación y tránsito urbano.
- h) Vivienda y renovación urbana.
- i) Atención y administración de programas sociales.
- j) Gestión de residuos sólidos.
- k) Otras que se le deleguen o asignen conforme a ley.

CONCORDANCIAS:

Const	Arts. 195, 197
LOM	Título Preliminar, Arts. 78 al 87



COMENTARIO

Las competencias de los gobiernos locales son reguladas en la LOM en sus artículos 73 al 86. Respecto del tema de las competencias municipales compartidas, la manera como han sido reguladas en la Ley Orgánica de Municipalidades, dista de la definición que hace la LBD. En el caso municipal, no se trata de fases sucesivas, sino que más bien se ha legislado como labores de coordinación; por lo que no queda suficientemente claro a la hora de delimitar las funciones compartidas entre las municipalidades provinciales y distritales y con los gobiernos regionales.

Esta falta de coherencia de la LOM, ya había sido advertida por el Poder Ejecutivo al observar la autógrafa de la Ley; pero lamentablemente no fueron atendidas. Veamos cuáles fueron los cuestionamientos y la ratificación de la posición de la Comisión de gobiernos locales.

Dice el Poder Ejecutivo: “1. La norma ser [se refiere a la Ley Orgánica de Municipalidades] no define una distribución clara de competencias y funciones entre provincias y distritos. Esta es una de las principales limitaciones de la ley vigente y la autógrafa cae en la misma tentación de detallar una muy larga lista de funciones específicas para cada nivel municipal, sin definir primero el rol y las funciones generales que diferencia a los niveles provincial y distrital. Es más introduce los conceptos de funciones ‘exclusivas’ y ‘compartidas’ que no están previstos en la LBD (la cual aplica estas categorías a las competencias y no a las funciones). Incurrir también en superposiciones con funciones regionales y de determinados sectores nacionales”.

La Comisión de gobiernos locales se ratifica bajo los siguientes argumentos:

“Estos comentarios son inexactos, producto de una visión sesgada y a veces malintencionada (...) Sobre el particular es necesario tener en cuenta que en primer lugar es la Constitución la que establece las competencias de cada nivel de gobierno, las que son desarrolladas en la LBD. A su vez, en el caso de los gobiernos regionales, las competencias y funciones específicas están contenidas en la LOGR, y en el caso de los Gobiernos Locales, en la LOM.

En la autógrafa de la LOM se han desarrollado las competencias que establece la LBD para los gobiernos locales, desagregándolas en funciones específicas

y distribuyéndolas de acuerdo a cada materia, entre las municipalidades provinciales y distritales. Es decir, existe una distribución clara de competencias y funciones entre las municipalidades, superando un problema que tiene la ley vigente.

Adicionalmente, se ha incorporado en la nueva LOM hasta siete mecanismos que sirven para dilucidar los improbables problemas que pudieran surgir respecto a la interpretación y alcance de las competencias y funciones municipales; lo que hace imposible que pueda existir algún nivel de desconcierto sobre el particular entre las municipalidades y entre estas y otros niveles de gobierno.

Por ejemplo, en mérito al principio de subsidiariedad consagrado en el título preliminar (...), si existe duda respecto a quien ejecuta una función, la ejercerá aquella municipalidad que esté más cerca de la población que se beneficiaría con el ejercicio de la función o competencia. Asimismo, se establece que las municipalidades ejercen una función promotora, normativa y reguladora, así como las de ejecución y de fiscalización y control, en las materias de su competencia; por tanto esta norma, contenida también en la LBD, servirá para aclarar y dilucidar las líneas de gestión del nivel de gobierno local. El mismo título preliminar de la autógrafa de la LOM señala que el gobierno en todos sus niveles se ejerce dentro de su jurisdicción, con criterio de concurrencia y preeminencia del interés público, por tanto en caso de duda primarán los referidos criterios.

Tratándose de competencias y funciones municipales compartidas con otros niveles de gobierno, la autógrafa de la Ley establece la obligación de las municipalidades de informar y hacer las coordinaciones con las entidades que compartan competencias y funciones, antes de ejercerlas; con lo cual se evitará conflictos de competencia con otros niveles de gobierno.

En el caso de que se considere que las municipalidades van a ejercer sus funciones específicas al margen de lo dispuesto en alguna norma general de alcance nacional, el mismo título preliminar establece la sujeción de las municipalidades a las disposiciones que de manera general regulan las actividades y funcionamiento del Sector Público, así como a las normas técnicas referidas a servicios y bienes públicos, las que son de observancia obligatoria. Por otro lado, tampoco es posible que en el ejercicio de sus competencias y funciones las municipalidades elaboren y ejecuten sus planes de desarrollo al margen de las políticas y planes nacionales y regionales, porque lo prohíbe expresamente el Título Preliminar.

Por último, en el caso improbable que aún con todos estos mecanismos de seguridad no se pudiera dilucidar los alcances de una competencia o función deviniendo un conflicto de competencia, la LOM establece que los conflictos de competencia que se generen entre el gobierno nacional y los gobiernos regionales o los gobiernos locales, y entre estos últimos en forma indistinta, se resuelven ante el Tribunal Constitucional; mecanismos previstos también en la LBD.

Respecto a las competencias y funciones específicas municipales es necesario aclarar que las competencias están contenidas en la LBD, detallando cuales de ellas son exclusivas y cuales compartidas. La autógrafa de la ley lo que hace es

clasificar las competencias por materias y luego, conforme a lo que establece el literal a) del artículo 5 de la LBD, hacer una 'distribución clara y precisa de funciones entre los niveles de gobierno local'. Como se podrá apreciar, la autógrafa de la LOM ha establecido reglas claras que impedirán que existan cruces en las competencias, por tanto debemos dejar de lado los equívocos que han venido comentando en torno a una ley de vital importancia para el desarrollo del proceso de descentralización (...) Por las consideraciones expuestas y teniendo en cuenta la inexactitud e imprecisión de la observación, la Comisión de Gobiernos Locales acuerda insistir con su texto".

ARTÍCULO 44.- DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS MUNICIPALES

- 44.1. Las competencias municipales señaladas en los artículos precedentes, se distribuyen en la Ley Orgánica de Municipalidades, según la jurisdicción provincial o distrital, precisando los niveles y funciones en cuanto a normatividad, regulación, administración, ejecución, promoción, supervisión y control.
- 44.2. La misma Ley asigna un régimen especial a la Municipalidad Metropolitana de Lima.

CONCORDANCIAS:

Const.	Art. 198
LBD	Art. 33
LOM	Arts. VIII, 38, 75, 76, 77, 151, 152



COMENTARIO

Este artículo está directamente relacionado con el art. 75 sobre ejercicio de las competencias y funciones de la LOM. El mencionado artículo municipal, que no tiene antecedentes en anteriores leyes de municipalidades, prescribe que respecto de las competencias y funciones en el régimen municipal, se debe tener en cuenta lo siguiente:

- a) El respeto irrestricto de las competencias municipales exclusivas; la autoridad o la persona que las asuma irregularmente, cometerá usurpación de funciones. Sin embargo, las municipalidades pueden delegar las competencias y funciones específicas exclusivas a otras municipalidades o a otras entidades del Estado, de conformidad con el art. 76.
- b) Que las normas municipales sobre materias de asunto local, son de cumplimiento obligatorio cuando estén en concordancia con las normas técnicas respectivas, de conformidad con los artículos VIII y 38 de la Ley Orgánica de Municipalidades.

- c) Solo por ley expresa, aprobada con los requisitos de una Ley Orgánica⁽⁷⁾, se pueden establecer regímenes especiales por los cuales otros organismos públicos pueden ejercer competencias exclusivas de las municipalidades. El régimen será transitorio y sujeto a plazo determinado.
- d) La obligación de las municipalidades de informar y realizar coordinaciones con las entidades con las que compartan las competencias y funciones, antes de ejercerlas.

Una figura afín es la avocación, no contemplada en la LBD, regulada en el artículo 77 de la LOM, por la cual la municipalidad provincial asume la prestación de un servicio determinado de competencia de una municipalidad distrital. Son requisitos de la avocación: a) falta de cobertura o imposibilidad temporal de prestar algún servicio público de competencia distrital; b) solicitud de la municipalidad distrital a la municipalidad provincial; c) acuerdo del Concejo Provincial que aprueba la solicitud aceptando la avocación solicitada por la municipalidad distrital; d) que el servicio cubierto no afecte la calidad ni el costo del servicio de la municipalidad distrital. Estos motivos deben ser suficientemente acreditados, ya que como sostiene Marienhof "la avocación de toda decisión administrativa, requiere inexcusablemente un fundamento ético, lo que significa que su procedencia requiere motivo fundado"⁽⁸⁾.

Respecto a la Municipalidad Metropolitana de Lima (MML), hay que concordarlo con el art. 198 de la Constitución que señala que la MML tiene régimen especial en la LBD y en la LOM; y que las municipalidades de frontera tienen régimen especial en la LOM. Asimismo, con el art. 33 de la LBD y los arts. 151 y 152 de la LOM. El cambio más importante con respecto a la municipalidad capital, es el hecho que ejerza conjuntamente las funciones de gobierno regional. Por tanto, ejerce funciones de gobierno local, gobierno metropolitano y gobierno regional, con sujeción a la LOM, la LBD y la LOGR.

ARTÍCULO 45.- OBRAS DE CARÁCTER LOCAL

Las obras de carácter local de cualesquier naturaleza, compete a cada municipalidad, provincial o distrital, en sus fases de autorización, ejecución, supervisión y control, e incluye la obligación de reponer las vías o servicios afectados. Los organismos públicos de nivel nacional o regional que presupuesten obras de alcance local, están obligados a convenir su ejecución con las municipalidades respectivas.

(7) **Constitución:** "Art. 106.- Mediante leyes orgánicas se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, así como también las otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución. Los proyectos de ley orgánica se tramitan como cualquier otra ley. Para su aprobación o modificación, se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso".

(8) Cit. RODRÍGUEZ HUERTAS. Olivio A. *Avocación y delegación de competencias*. En: <www.enel.net/gacetajudicial/1999/67/derecho_administrativo.htm>.

CONCORDANCIAS:

LOM Arts. 73, 75



COMENTARIO

Este artículo reconoce la autonomía del gobierno local y el respeto y coordinación que deben otros niveles de gobierno u organismos públicos a este. Señala que la ejecución de las obras de carácter local compete exclusivamente a la municipalidad respectiva; y además que los otros organismos del Estado para ejecutar obras de alcance local están obligados a convenir su ejecución con las municipalidades respectivas.

Un aspecto importante al momento de aplicar este artículo será la amplitud o el sentido que se le dé al término convenir. Es moneda corriente que el gobierno central (sobre todo durante el gobierno fujimorista) y ahora los gobiernos regionales, tienden debido principalmente a intereses políticos a ejecutar obras de alcance local, lo que se ha denominado por algunos “municipalización de las funciones regionales”. Este artículo pone un límite a esta práctica que atenta contra la autonomía y competencia de las municipalidades en los asuntos de su competencia. En síntesis, para que otros organismos puedan ejecutar obras de naturaleza local tendrán que convenir, es decir, ponerse de acuerdo y recibir la conformidad de la municipalidad provincial o distrital respectiva.

CAPÍTULO III

BIENES Y RENTAS MUNICIPALES

ARTÍCULO 46.- BIENES Y RENTAS MUNICIPALES

- a) Los bienes muebles e inmuebles de su propiedad.
- b) Los tributos creados por Ley a su favor.
- c) Las contribuciones, tasas, arbitrios, licencias y derechos creados por su Concejo Municipal, los que constituyen sus ingresos propios.
- d) Los recursos asignados del Fondo de Compensación Municipal.
- e) Los recursos asignados por concepto de canon y renta de aduanas.
- f) Las asignaciones y transferencias específicas establecidas en la Ley Anual de Presupuesto, para atender los servicios descentralizados.
- g) Los recursos provenientes de sus operaciones financieras y las de crédito interno concertadas con cargo a su patrimonio propio. Las operaciones de crédito externo requieren el aval o garantía del Estado, y se sujetan a la ley de endeudamiento público.
- h) Los demás que determine la Ley.

CONCORDANCIAS:

Const.	Art.196
LOM	Arts. 55, 56, 59,69



COMENTARIO

Este artículo recoge lo regulado por la Constitución Política del Estado en su art. 196, modificado por la Ley N° 27680, con la atinencia de que la LBD no se refiere a los derechos como parte del patrimonio municipal. Por derechos debemos entender los ingresos económicos que generen por las privatizaciones, concesiones y servicios que otorgue la municipalidad, conforme a ley. Es una omisión de la LBD por lo que prima la Constitución en este aspecto, y lo que estipula la LOM en el art. 55 al precisar que constituyen el patrimonio municipal los bienes, rentas y derechos; no solo bienes y rentas, como estaba regulado en la anterior Ley de Municipalidades y en la LBD.

La LOM precisa los bienes de propiedad municipal en el art. 56, considerando que son bienes municipales: 1) los bienes inmuebles y muebles de uso público destinados a servicios públicos locales; 2) los edificios municipales y sus instalaciones y, en general,

todos los bienes adquiridos, construidos y/o sostenidos por la municipalidad; 3) las acciones y participaciones de las empresas municipales; 4) los caudales, acciones, bonos, participaciones sociales, derechos o cualquier otro bien que represente valores cuantificables económicamente; 5) los terrenos eriazos, abandonados y ribereños que le transfiera el Gobierno nacional; 6) los aportes provenientes de habilitaciones urbanas; 7) los legados o donaciones que se instituyan en su favor; 8) todos los demás que adquiera cada municipio. Considera además que las vías y áreas públicas, con subsuelo y aires son bienes de dominio y uso público.

La vigente LOM, con respecto a sus predecesoras, introduce como bienes nuevos, los siguientes: a) las acciones y participaciones de las empresas municipales; b) los caudales, acciones, bonos, participaciones sociales, derechos o cualquier otro bien que represente valores cuantificables económicamente; c) los aportes provenientes de habilitaciones urbanas; y d) todos los demás que adquiera cada municipio.

Por otra parte, la nueva LOM no recoge la disposición de su antecesora que señala como bienes municipales “los que posea a título privado y no estén destinados a un servicio público”, eliminándose de este modo en el régimen municipal la división de bienes públicos y privados, que había sido tomada de la legislación española. Con respecto a la renta, la Constitución Política del Perú lo regula en el art. 196, señalando que son rentas municipales: a) los tributos creados por ley a su favor; b) las contribuciones, tasas, arbitrios, licencias y derechos creados por Ordenanzas Municipales, conforme a ley; c) los derechos económicos que generen por las privatizaciones, concesiones y servicios que otorguen, conforme a ley; d) los recursos asignados del Fondo de Compensación Municipal, que tiene carácter redistributivo, conforme a ley; e) las transferencias específicas que les asigne la Ley Anual de Presupuesto, f) Los recursos asignados por concepto de canon; g) los recursos provenientes de sus operaciones financieras, incluyendo aquellas que requieran el aval del Estado, conforme a ley; y g) los demás que determine la ley. Teniendo en cuenta lo preceptuado por la Constitución y la LBD en este art. 46, la LOM ha adicionado en su artículo 69 las siguientes rentas: 1. los recursos derivados de la concesión de sus bienes inmuebles y los nuevos proyectos, obras o servicios entregados en concesión; 2. los derechos por la extracción de materiales de construcción ubicados en los álveos y cauces de los ríos, y canteras localizadas en su jurisdicción, conforme a ley; 3. el íntegro de los recursos provenientes de las privatizaciones de sus empresas municipales; 4. el peaje que se cobre por el uso de la infraestructura vial de su competencia; y 5. los dividendos provenientes de sus acciones.

ARTÍCULO 47.- FONDO DE COMPENSACIÓN MUNICIPAL

A partir del ejercicio presupuestal del año 2003, los recursos del Fondo de Compensación Municipal (FONCOMUN) que perciban las municipalidades serán utilizados para los fines que acuerde el respectivo Concejo Municipal acorde a sus propias necesidades reales, determinándose los porcentajes de aplicación para gasto corriente e inversión y los niveles de responsabilidad correspondientes.

CONCORDANCIAS:

LOM Art. 69



COMENTARIO

El inc. 3 del art. 69 de la LOM señala que son rentas municipales: “Los recursos asignados del Fondo de Compensación Municipal (FONCOMUN)”. El Foncomun tiene como objetivo establecer en forma transparente, el financiamiento para la ejecución de las acciones que se considerarán en los Planes de Desarrollo Distrital (gasto corriente y gasto de capital). Su ejecución estará sujeta a lo estipulado en los respectivos Planes de Desarrollo Provincial y Distrital, al proceso participativo del presupuesto y a la vigilancia de la sociedad civil representada por los Consejos de Coordinación Local Provincial y Distrital.

Este artículo de la LBD establece que a partir del ejercicio presupuestal del año 2003, los recursos del Foncomun que perciban las municipalidades, serán utilizados para los fines que acuerde el respectivo Concejo Municipal, acorde a sus propias necesidades reales, determinándose los porcentajes de aplicación para gastos corrientes e inversión y los niveles de responsabilidad correspondientes, pudiéndolo realizar cada vez que el caso lo amerite. En tal sentido, las municipalidades se encuentran facultadas para modificar los porcentajes correspondientes a los gastos corrientes y de inversión al amparo de la norma antes citada.

Otro efecto de este artículo es que las dietas de los regidores puede ser pagados por el Foncomun, teniendo en cuenta que las dietas constituyen gastos corrientes que pueden ser financiados por cualquier fuente de financiamiento autorizada, incluyendo el Foncomun. De otro lado, los recursos del Foncomun asignados al municipio para acciones de ámbito provincial, deben ser utilizados de acuerdo a los resultados de la Programación Participativa del Presupuesto, efectuada en forma concertada con los distritos que conforman la provincia; correspondiéndole a la municipalidad provincial la ejecución de las acciones (gasto corriente y gasto de capital) consideradas en los Planes de Desarrollo Provincial y Distrital, consistentes con el Proceso Participativo en el cual las municipalidades de la provincia participaron en la programación, promovieron el debate y la concertación de sus Planes de Desarrollo.

En el caso de las municipalidades ubicadas en zonas rurales, el art. 140 de la Ley Orgánica de Municipalidades, precisa que la condición de municipalidad ubicada en zona rural es considerada a efectos de la distribución del Foncomun, canon u otras transferencias de recursos a favor de ellas; y el art. 146, que las municipalidades ubicadas en zonas rurales tienen asignación prioritaria y compensatoria de los recursos del Fondo de Compensación Municipal.

ARTÍCULO 48.- RÉGIMEN DE LAS MUNICIPALIDADES DE CENTROS POBLADOS

48.1. Las municipalidades de los centros poblados se rigen por las normas que establece la Ley Orgánica de Municipalidades, para su creación, ámbito, competencias y funciones delegadas, elección de sus autoridades, y rentas para su operación y funcionamiento.

48.2. Las municipalidades provinciales y distritales están obligadas a entregar a las municipalidades de centros poblados de su jurisdicción, un porcentaje de sus recursos propios y/o transferidos por el Estado, para cumplir con las funciones delegadas y la prestación de los servicios municipales. La entrega o transferencia de recursos se efectuará en forma mensual, bajo responsabilidad del Alcalde y del Director Municipal correspondientes.

CONCORDANCIAS:

Const. Art. 194
LOM Arts. 128 al 135



COMENTARIO

Las municipalidades de centros poblados son reguladas en la LOM por sus artículos 128 a 135, respecto de su creación, requisitos para su creación, periodos de gobierno de alcaldes y regidores, procedimientos de elección de sus autoridades, recursos y limitaciones. Las municipalidades de centros poblados se denominaron “municipalidad delegada”, pero por Ley N° 23854, se les cambió por el término “Centro Poblado Menor”.

La Constitución de 1993 retomó la denominación de municipalidad delegada; pero a través de la modificación constitucional de la Ley N° 27680, se pone en vigencia el término “Municipalidades de centros poblados”. Pero la modificación constitucional, además del cambio nominal, introdujo una variación de fondo respecto a la naturaleza de estas municipalidades, al no considerarla como gobiernos locales (conjuntamente con las municipalidades provinciales y distritales), como sí lo hacía el art. 191 original de la Constitución de 1993. En consecuencia, en el sistema constitucional peruano, las municipalidades de centros poblados no son órganos de gobierno local y por lo tanto no gozan de autonomía, sino que su delimitación territorial, organización interior, funciones, recursos, y las atribuciones administrativas y económico-tributarias, son aprobadas por el concejo provincial vía ordenanza municipal.

Volviendo a la LOM, las municipalidades de centros poblados han merecido en la nueva Ley una regulación mejor estructurada, dentro del objeto de romper con el uniformismo con que regularon las anteriores leyes municipales a los gobiernos locales, que no tomaba en cuenta las diferencias existentes. Hildebrando Castro denunciaba esta situación en los siguientes términos: “El uniformismo, que hace abstracción de las zonas rurales y de los centros poblados menores. La actual ley [con referencia a la ley derogada - Ley N° 23853], parece haberse hecho teniendo como referencia a municipalidades de grandes ciudades, con grandes intercambios viales, terminales terrestres, zonas industriales, con comercio ambulatorio y altos edificios, en tanto que cientos de municipios y centros poblados rurales, han quedado olvidados”⁽⁹⁾. La LBD y la nueva LOM superan este problema al regular a las municipalidades de centros poblados, de zonas rurales y las municipalidades de frontera.

(9) CASTRO POZO DÍAZ, Hildebrando. *Ley Orgánica de Municipalidades. Concordada y Comentada*. Ipadel, Lima, 1993, p. 12.

TÍTULO VIII

RELACIONES DE GOBIERNO

ARTÍCULO 49.- RELACIONES DE COORDINACIÓN Y COOPERACIÓN

- 49.1. El gobierno nacional y los gobiernos regionales y locales mantienen relaciones de coordinación, cooperación y apoyo mutuo, en forma permanente y continua, dentro del ejercicio de su autonomía y competencias propias, articulando el interés nacional con los de las regiones y localidades.
- 49.2. El gobierno regional no puede interferir en la acción y competencias de las municipalidades de su jurisdicción. Puede celebrar y suscribir en forma indistinta, convenios de colaboración mutua y recíproca, y contratos de cualesquier naturaleza para fines comunes determinados, con arreglo a Ley.
- 49.3. Los gobiernos regionales y locales proporcionan la información requerida para mantener actualizados los distintos sistemas administrativos y financieros organizados a nivel nacional.

CONCORDANCIAS:

LOGR Art. 32
LOM Arts. V, VII, 123, 124
Ley N° 27444 Art. 77



COMENTARIO

Este artículo enfatiza las relaciones de coordinación, cooperación y ayuda mutua, así como la autonomía regional y la municipal, al no subordinar esta última a la primera, lo cual constituye una característica esencial del Estado Regional peruano. Uno de los rasgos principales de una descentralización exitosa, es que ella exige una relación de coordinación entre los diferentes niveles de gobierno, y un alto grado de desprendimiento en pro del bien común. La LBD señala que entre los objetivos políticos de la descentralización se encuentra la unidad y eficiencia del Estado, mediante la distribución ordenada de las competencias públicas, y la adecuada relación entre los distintos niveles de gobierno y administración estatal. El art. 123 de la LOM señala que las relaciones municipales con el gobierno nacional, los gobiernos regionales y los poderes del Estado, tiene por finalidad: a) garantizar el ejercicio de iniciativa legislativa; b) la coordinación de las acciones de competencia de cada uno; c) el derecho

de propuesta o petición de normas reglamentarias. Además en concordancia con el art. V del Título Preliminar de la LOM, las relaciones tendrán en cuenta que: a) que el gobierno en sus distintos niveles se ejerce dentro de su jurisdicción, evitando la duplicidad y superposición de funciones, con criterio de concurrencia y preeminencia del interés público, b) que las relaciones deben ser de cooperación y coordinación, sobre la base del principio de subsidiariedad.

En ese sentido, la red de gobiernos regionales para el desarrollo sostenible ha establecido los siguientes principios para la relación entre gobiernos regionales y gobiernos locales: a) integración vertical y horizontal de las prioridades y aspiraciones de los gobiernos locales en los otros ámbitos de gobierno; b) la subsidiariedad permite que el trabajo se realice a un nivel más próximo al ciudadano y se lleve a cabo de manera más efectiva; c) las cooperaciones y los *partnerships* (o asociaciones) permiten trabajar juntos para establecer los objetivos y concertar las acciones en una causa común; d) simplicidad y coherencia en la estructura de regulación y planificación, para que esta sea una ayuda más que un obstáculo para una acción efectiva; e) apoyo práctico, proporcionar a la gente las herramientas que les permitan trabajar en sus distintas áreas de especialización⁽¹⁰⁾.

Hay que enfatizar que ningún nivel de gobierno en nuestro sistema jurídico tiene la potestad o competencia de interferir en los asuntos normativos de otro nivel, mucho menos de derogar o cuestionar las normas expedidas por aquellos, sino que debe recurrirse a los medios específicos previstos en las normas vigentes. Por lo tanto, los gobiernos regionales no pueden invalidar normas expedidas ni por otros gobiernos regionales o por los gobiernos locales provinciales o distritales que se encuentren dentro de su jurisdicción (que no se consideran jurídicamente inferiores a los gobiernos regionales), ni por las entidades del gobierno nacional, ni siquiera supervisar la emisión de ordenanzas emitidas por los municipios que se encuentren dentro del ámbito geográfico de su jurisdicción, tal como sí sucede en otros Estados como Italia o España, considerados como regionales.

En España, resulta apropiado citar que a las comunidades autónomas, según lo estipulado en sus respectivos estatutos, se les permite crear, modificar y suprimir por medio de una Ley, las áreas metropolitanas, determinando los órganos que gobernarán y administrarán estas, tal es el caso de la comunidad autónoma de Valencia que ha creado un Consejo metropolitano con competencias de planificación y gestión supra-municipal en lo que respecta al abastecimiento de agua, residuos sólidos, incendios, transportes e infraestructuras urbanas.

En Italia, se afirma una reserva absoluta a favor del Estado en materia de ordenación local, no obstante la posibilidad que tienen los gobiernos regionales de determinar en las materias transferidas las que son de interés municipal. Es por ello, que muchos autores sostienen que las atribuciones regionales o comunitarias en España, aún no pudiendo permanecer completamente extrañas al ordenamiento

(10) Red de Gobiernos Regionales para el Desarrollo Sostenible. "Colaboración de los gobiernos regionales con los gobiernos locales para trabajar por un desarrollo sostenible". Propuesta presentada para su discusión. Cardiff, 25 de marzo del 2004, p. 3.

local han influido generalmente en esa área, de manera fragmentaria y limitada⁽¹¹⁾. Es necesario precisar que varias leyes autonómicas se dedican a regular aspectos municipales, tal es el caso de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña o la Ley Asturiana del 7 de noviembre de 1986, aunque según una importante Sentencia del TC Español se ha sostenido que: “como titulares de un derecho a la autonomía constitucionalmente garantizada las comunidades locales no pueden ser dejadas en lo que toca a la definición de sus competencias y la configuración de sus órganos de gobierno a la interpretación que cada comunidad autónoma pueda hacer de ese derecho”⁽¹²⁾. El caso de la injerencia regional en asuntos locales es distinto en Francia, donde se excluye expresamente cualquier forma, incluso indirecta, de interferencia o control regional sobre los municipios y departamentos.

ARTÍCULO 50.- RELACIONES CON EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Los gobiernos regionales y locales se relacionan con el Congreso de la República, a través de los Congresistas y sus Comisiones de Descentralización y Regionalización, y de Gobiernos Locales, en asuntos de iniciativa legislativa, normatividad, intercambio de información y fiscalización. Tienen asimismo el derecho y obligación de participar en el proceso de sustentación y aprobación de sus presupuestos institucionales.

CONCORDANCIAS:

Reglamento del Congreso de la República Arts. 34, 35, 36



COMENTARIO

Este artículo trata de la relación de estos niveles subnacionales de gobierno con el Congreso de la República, a través de las Comisiones respectivas, tales como la de Descentralización y Regionalización, como la de Gobiernos Locales, en temas de iniciativa legislativa, quedando la pregunta si en el futuro se constituiría la Comisión de Gobiernos Regionales.

(11) Ver entre otros, VANDELLI, Luciano. “Premisas de la ordenación de la administración local”. En: *Distribución territorial del poder*, p. 3147; SÁNCHEZ MORÓN, V. M. “La distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas en materia de Administración Local”. En: MUÑOZ MACHADO, S. *Tratado de Derecho Municipal*, pp. 151-152; PAREJO ALFONSO, Luciano. *Constitución, municipio y garantía institucional*. Grijley, Lima, 2000, p. 284.

(12) 468 Sentencia del Tribunal Constitucional Español 214/1989.

ARTÍCULO 51.- RELACIONES CON ORGANISMOS INTERNACIONALES

- 51.1. Los gobiernos regionales y locales pueden promover y mantener relaciones de cooperación técnica y financiera con organismos internacionales, estando facultados para celebrar y suscribir convenios y contratos vinculados a los asuntos de su competencia, con arreglo a Ley.
- 51.2. En el caso específico de financiamiento externo con aval o garantía del Estado, los convenios o contratos se sujetan al procedimiento establecido en la Ley.
- 51.3. El gobierno nacional facilita y apoya la celebración de convenios promovidos por y en favor de los gobiernos regionales y locales.

CONCORDANCIAS:

LOGR	Art. 74
LOM	Arts. 9, 69, 73, 150, 164



COMENTARIO

La cooperación internacional es la acción conjunta que se realiza entre los países y entre estos y los organismos internacionales para apoyar el desarrollo económico y social de la población. También se la conoce como ayuda oficial al desarrollo y es un concepto global que comprende diferentes modalidades concesionales de ayuda que fluyen hacia los países de menor desarrollo relativo. La LOM contiene algunas disposiciones específicas sobre esta materia. El art. 73 señala que las municipalidades pueden promover convenios de cooperación internacional para la implementación de programas de erradicación del consumo ilegal de drogas; el art. 150 sobre neutralidad política dice que están prohibidos el uso de los fondos de la cooperación internacional para realizar reuniones o actos políticos o para elaborar instrumentos de propaganda política a favor o en contra de organizaciones políticas o de candidatos.

Esta prohibición se hace extensiva a los bienes y servicios obtenidos de fuentes de financiamiento de dicha cooperación; y el art. 164 que regula la Junta de Cooperación Metropolitana, como un órgano de asesoramiento de la Municipalidad Metropolitana de Lima en la gestión del desarrollo integral de la jurisdicción a su cargo; está presidida por el Alcalde Metropolitano de Lima e integrada por los representantes de las organizaciones sociales vecinales y de Instituciones de la Cooperación Internacional.

En cuanto al financiamiento externo el inc. 24 del art. 9 de la LOM señala que es atribución del Concejo Municipal: "Aprobar endeudamientos internos y externos, exclusivamente para obras y servicios públicos, por mayoría calificada y conforme a ley". Y el inc. 7 del art. 69 que son rentas municipales: "Los recursos provenientes de sus operaciones de endeudamiento, concertadas con cargo a su patrimonio propio, y con aval o garantía del Estado y la aprobación del Ministerio de Economía y Finanzas cuando se trate de endeudamientos externos, conforme a ley".

En virtud de este artículo de la LBD y los señalados en la LOM, los gobiernos locales pueden celebrar operaciones de crédito con cargo a sus recursos y bienes propios, requiriendo la aprobación de la mayoría del número legal de miembros del concejo municipal. En el caso de los gobiernos regionales se debe concordar este artículo con lo dispuesto en el art. 74 de la LOGR.

ARTÍCULO 52.- DELEGACIÓN DE FUNCIONES DEL PODER EJECUTIVO

El Poder Ejecutivo puede delegar a los gobiernos regionales o locales, funciones de su competencia, en forma general o selectiva, mediante convenios suscritos por ambas partes, sujetos a las capacidades de gestión requeridas para ello, la coparticipación en el desarrollo de las mismas, la factibilidad de optimizar la prestación de servicios públicos a la ciudadanía, y las normas establecidas en la presente Ley.

CONCORDANCIAS:

LBD	Arts. 13, 38
Ley N° 27444	Art. 67
LOM	Art. 70



COMENTARIO

En este artículo se precisa la diferencia entre transferencia de competencias o funciones y delegación de estas del Poder Ejecutivo hacia los niveles subnacionales de gobierno.

La delegación no implica el traspaso de autonomía de ningún tipo. Como señala la LBD en su art. 13.3, las competencias delegables, son aquellas que un nivel de gobierno delega a otro de distinto nivel, de mutuo acuerdo y conforme al procedimiento establecido en la ley, quedando el primero obligado a abstenerse de tomar decisiones sobre la materia o función delegada. La entidad que delega mantiene la titularidad de la competencia, y la entidad que la recibe ejerce esta durante el periodo de la delegación.

“La delegación de competencia (...) es un instituto de naturaleza excepcional mediante el cual un órgano transfiere a otro el ejercicio de la competencia que le ha sido atribuida legal o reglamentariamente. La delegación implica un desprendimiento de un deber funcional. En este caso la competencia asumida normalmente va de un órgano superior a uno inferior”⁽¹³⁾. A manera de ejemplo, el art. 38 de la LBD y el art. 70 de la LOM señalan que los gobiernos regionales y gobiernos locales pueden suscribir convenios con la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (Sunat), orientados a optimizar la fiscalización y recaudación de sus tributos, tasas, arbitrios, licencias y derechos. El costo que representa el cobro de los referidos tributos a través de dichos convenios no podrá ser trasladado a los contribuyentes.

(13) RODRÍGUEZ HUERTAS, Olivio. *Avocación y delegación de competencias*. En: <www.enel.net/gacetajudicial/1999/67/derecho_administrativo.htm>.

**ARTÍCULO 53.- FONDO INTERGUBERNAMENTAL
PARA LA DESCENTRALIZACIÓN**

- 53.1. Créase el Fondo Intergubernamental para la Descentralización (FIDE), destinado a promover el financiamiento y cofinanciamiento de proyectos de desarrollo compartido entre los distintos niveles de gobierno, cuya administración estará a cargo del Consejo Nacional de Descentralización.
- 53.2. El FIDE se constituye inicialmente con los recursos provenientes del proceso de privatización y concesiones, de acuerdo a lo establecido en la Tercera Disposición Complementaria de la presente Ley⁽¹⁴⁾.

(14) Artículo derogado (a partir del día siguiente de la publicación del Reglamento de la Ley N° 29015) por la Única Disposición Derogatoria de la Ley N° 29125, publicada el 31/10/2007.

ÍNDICE GENERAL

ÍNDICE GENERAL

Introducción.....	5
Régimen normativo municipal.....	15
Descentralización y municipalidades.....	27

LEY ORGÁNICA DE MUNICIPALIDADES LEY N° 27972

TÍTULO PRELIMINAR

Artículo I	Gobiernos locales	39
Artículo II	Autonomía	42
Artículo III	Origen	45
Artículo IV	Finalidad	48
Artículo V	Estado democrático, descentralizado y desconcentrado	49
Artículo VI	Promoción del desarrollo económico local	52
Artículo VII	Relaciones entre los gobiernos nacional, regional y local	54
Artículo VIII	Aplicación de leyes generales y políticas y planes nacionales ..	55
Artículo IX	Planeación local	56
Artículo X	Promoción del desarrollo integral	57

TÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES

CAPÍTULO ÚNICO EL OBJETO Y ALCANCE DE LA LEY Y LAS CLASES DE MUNICIPALIDADES

Artículo 1	Objeto de la ley	61
Artículo 2	Tipos de municipalidades	63
Artículo 3	Jurisdicción y regímenes especiales	65

TÍTULO II

LA ORGANIZACIÓN DE LOS GOBIERNOS LOCALES

CAPÍTULO ÚNICO

LOS ÓRGANOS DE LOS GOBIERNOS LOCALES

Artículo 4	Los órganos de los gobiernos locales	69
Artículo 5	Concejo municipal	70
Artículo 6	La alcaldía	70
Artículo 7	Órganos de coordinación	74
Artículo 8	Administración municipal	75

SUBCAPÍTULO I EL CONCEJO MUNICIPAL

Artículo 9	Atribuciones del concejo municipal	77
Artículo 10	Atribuciones y obligaciones de los regidores	103
Artículo 11	Responsabilidades, impedimentos y derechos de los regidores	105
Artículo 12	Régimen de dietas	109
Artículo 13	Sesiones del concejo municipal	120
Artículo 14	Derecho de información	126
Artículo 15	Aplazamiento de sesión	127
Artículo 16	Quórum	128
Artículo 17	Acuerdos	129
Artículo 18	Número legal y número hábil	131
Artículo 19	Notificación	132

SUBCAPÍTULO II LA ALCALDÍA

Artículo 20	Atribuciones del alcalde	135
Artículo 21	Derechos, obligaciones y remuneración del alcalde	149
Artículo 22	Vacancia del cargo de alcalde o regidor	150
Artículo 23	Procedimiento de declaración de vacancia del cargo de alcalde o regidor	184
Artículo 24	Reemplazo en caso de vacancia o ausencia	202
Artículo 25	Suspensión del cargo	204

TÍTULO III

LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y DE ADMINISTRACIÓN DE LAS MUNICIPALIDADES

CAPÍTULO I

LA ADMINISTRACIÓN MUNICIPAL

SUBCAPÍTULO I LA ESTRUCTURA ADMINISTRATIVA

Artículo 26	Administración municipal	213
Artículo 27	Gerencia municipal	215
Artículo 28	Estructura orgánica administrativa	217

SUBCAPÍTULO II LA DEFENSA JUDICIAL DE LOS INTERESES Y DERECHOS DE LOS GOBIERNOS LOCALES

Artículo 29	Procuradurías públicas municipales	219
-------------	--	-----

SUBCAPÍTULO III LA FISCALIZACIÓN Y EL CONTROL

Artículo 30	Órganos de auditoría interna	223
Artículo 31	Fiscalización	227

SUBCAPÍTULO IV LA GESTIÓN MUNICIPAL

Artículo 32	Modalidades para la prestación de servicios	229
Artículo 33	Otorgamiento de concesión	232
Artículo 34	Contrataciones y adquisiciones locales	235
Artículo 35	Actividad empresarial municipal	236
Artículo 36	Desarrollo económico local	239

SUBCAPÍTULO V EL TRABAJADOR MUNICIPAL

Artículo 37	Régimen laboral	241
-------------	-----------------------	-----

CAPÍTULO II

LAS NORMAS MUNICIPALES Y LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

SUBCAPÍTULO I LAS NORMAS MUNICIPALES

Artículo 38	Ordenamiento jurídico municipal	255
Artículo 39	Normas municipales	258
Artículo 40.	Ordenanzas	260
Artículo 41	Acuerdos.....	264
Artículo 42	Decretos de alcaldía	265
Artículo 43	Resoluciones de alcaldía	266
Artículo 44	Publicidad de las normas municipales	266
Artículo 45	Disposiciones de interés particular	269

SUBCAPÍTULO II LA CAPACIDAD SANCIONADORA

Artículo 46	Sanciones	271
Artículo 47	Multas	278
Artículo 48	Decomiso y retención	278
Artículo 49	Clausura, retiro o demolición	279

SUBCAPÍTULO III LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

Artículo 50	Agotamiento de vía administrativa y excepciones	283
Artículo 51	Reconsideración de acuerdos	290
Artículo 52	Acciones judiciales	291

TÍTULO IV EL RÉGIMEN ECONÓMICO MUNICIPAL

CAPÍTULO I EL PRESUPUESTO

SUBCAPÍTULO ÚNICO	LOS PRESUPUESTOS PARTICIPATIVOS MUNICIPALES Y LA CONTABILIDAD	
Artículo 53	Presupuesto de los gobiernos locales	301
Artículo 54	Contabilidad municipal	312

CAPÍTULO II EL PATRIMONIO MUNICIPAL

SUBCAPÍTULO I	DISPOSICIONES GENERALES	
Artículo 55	Patrimonio municipal	315

SUBCAPÍTULO II	LOS BIENES MUNICIPALES	
Artículo 56	Bienes de propiedad municipal	321
Artículo 57	Margésí de bienes municipales	323
Artículo 58	Inscripción de bienes municipales en el registro de la propiedad ...	324
Artículo 59	Disposición de bienes municipales	325
Artículo 60	Transferencia de tierras públicas	326
Artículo 61	Petición de adjudicación de tierras al Estado	327
Artículo 62	Condición de bienes públicos	328
Artículo 63	Restricciones de contratación	330
Artículo 64	Donación de bienes municipales	346
Artículo 65	Cesión en uso o concesión	347
Artículo 66	Aprobación del concejo municipal	347
Artículo 67	Aprobación por consulta popular	347
Artículo 68	Destino de los bienes donados	347

CAPÍTULO III LAS RENTAS MUNICIPALES

Artículo 69	Rentas municipales	353
-------------	--------------------------	-----

CAPÍTULO IV EL SISTEMA TRIBUTARIO MUNICIPAL

SUBCAPÍTULO ÚNICO	DISPOSICIONES GENERALES	
Artículo 70	Sistema Tributario Municipal	357

CAPÍTULO V LA BANCA MUNICIPAL

SUBCAPÍTULO ÚNICO	LAS CAJAS MUNICIPALES DE AHORRO Y CRÉDITO	
Artículo 71	Creación de cajas municipales	377
Artículo 72	Ámbito territorial de las cajas municipales	377

TÍTULO V LAS COMPETENCIAS Y FUNCIONES ESPECÍFICAS DE LOS GOBIERNOS LOCALES

CAPÍTULO I LAS COMPETENCIAS Y FUNCIONES ESPECÍFICAS GENERALES

Artículo 73	Materias de competencia municipal	385
Artículo 74	Funciones específicas municipales	402
Artículo 75	Ejercicio de las competencias y funciones	403
Artículo 76	Delegación de competencias y funciones específicas	406
Artículo 77	Avocación	408

CAPÍTULO II LAS COMPETENCIAS Y FUNCIONES ESPECÍFICAS

Artículo 78	Sujeción a las normas técnicas y clausura	411
Artículo 79	Organización del espacio físico y uso del suelo	412
Artículo 80	Saneamiento, salubridad y salud	430
Artículo 81	Tránsito, vialidad y transporte público	438
Artículo 82	Educación, cultura, deportes y recreación	452
Artículo 83	Abastecimiento y comercialización de productos y servicios	458
Artículo 84	Programas sociales, defensa y promoción de derechos	465
Artículo 85	Seguridad ciudadana	471
Artículo 86	Promoción del desarrollo económico local	482
Artículo 87	Otros servicios públicos	487

TÍTULO VI EL USO DE LA PROPIEDAD EN ARMONÍA CON EL BIEN COMÚN

CAPÍTULO ÚNICO

Artículo 88	Uso de la propiedad inmueble	491
Artículo 89	Destino de suelos urbanos	493
Artículo 90	Obras inmobiliarias	495
Artículo 91	Conservación de zonas monumentales	496
Artículo 92	Licencia de construcción	500
Artículo 93	Facultades especiales de las municipalidades	508
Artículo 94	Expropiación sujeta a legislación	516
Artículo 95	Expropiación a través del poder ejecutivo	517
Artículo 96	Causas de necesidad pública	517

TÍTULO VII
LOS PLANES DE DESARROLLO MUNICIPAL CONCERTADOS
Y LOS ÓRGANOS DE COORDINACIÓN

CAPÍTULO I
DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 97	Plan de desarrollo municipal concertado	533
-------------	---	-----

CAPÍTULO II
CONSEJO DE COORDINACIÓN LOCAL PROVINCIAL

Artículo 98	Definición y composición	545
Artículo 99	Instalación y sesiones	545
Artículo 100	Funciones	546
Artículo 101	Reglamento del consejo	546

CAPÍTULO III
CONSEJO DE COORDINACIÓN LOCAL DISTRITAL

Artículo 102	Definición y composición	549
Artículo 103	Instalación y sesiones	550
Artículo 104	Funciones	550
Artículo 105	Reglamento del consejo	550

CAPÍTULO IV
LA JUNTA DE DELEGADOS VECINALES COMUNALES

Artículo 106	Definición y composición	551
Artículo 107	Funciones	551
Artículo 108	Sesiones	552
Artículo 109	Delegado vecinal	552
Artículo 110	Regulación	552

TÍTULO VIII
LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN Y CONTROL VECINAL

CAPÍTULO I
DISPOSICIÓN GENERAL

Artículo 111	Participación y control vecinal	557
--------------	---------------------------------------	-----

CAPÍTULO II
LA PARTICIPACIÓN DE LOS VECINOS EN EL GOBIERNO LOCAL

Artículo 112	Participación vecinal	561
Artículo 113	Ejercicio del derecho de participación	563
Artículo 114	Iniciativa en la formación de dispositivos municipales	564
Artículo 115	Derecho de referéndum	566
Artículo 116	Juntas vecinales comunales	567
Artículo 117	Comités de gestión	568
Artículo 118	Derecho de denunciar infracciones y a ser informado	569
Artículo 119	Cabildo abierto	571
Artículo 120	Participación local del sector empresarial	573

CAPÍTULO III
LOS DERECHOS DE CONTROL VECINAL
A LOS GOBIERNOS LOCALES

Artículo 121	Naturaleza	575
Artículo 122	Revocatoria del mandato	575

TÍTULO IX
LAS RELACIONES INTERINSTITUCIONALES
Y CONFLICTOS DE COMPETENCIAS

CAPÍTULO I
LAS RELACIONES CON EL GOBIERNO NACIONAL
Y LOS GOBIERNOS REGIONALES

Artículo 123	Relaciones de los gobiernos locales	581
--------------	---	-----

CAPÍTULO II
LAS RELACIONES ENTRE MUNICIPALIDADES

Artículo 124	Relaciones entre municipalidades	583
Artículo 125	Representación de las municipalidades	585
Artículo 126	Instituto de fomento municipal	587

CAPÍTULO III
LOS CONFLICTOS DE COMPETENCIAS

Artículo 127	Conflictos de las municipalidades	589
--------------	---	-----

**TÍTULO X
LAS MUNICIPALIDADES DE CENTRO POBLADO
Y LAS FRONTERIZAS**

**CAPÍTULO I
LAS MUNICIPALIDADES DE LOS CENTROS POBLADOS**

SUBCAPÍTULO ÚNICO LA CREACIÓN, LAS AUTORIDADES, LAS LIMITACIONES Y LOS RECURSOS	
Artículo 128	Creación de municipalidades de centros poblados 597
Artículo 129	Requisitos para la creación de una municipalidad de centro poblado 601
Artículo 130	Periodo de alcaldes y regidores de centros poblados 606
Artículo 131	Designación de autoridades 606
Artículo 132	Procedimiento para la elección del alcalde y regidores de un centro poblado 607
Artículo 133	Recursos de las municipalidades de centro poblado 608
Artículo 134	Responsabilidad en el uso de los recursos 613
Artículo 135	Limitaciones 614

**CAPÍTULO II
LAS MUNICIPALIDADES FRONTERIZAS**

SUBCAPÍTULO ÚNICO DEFINICIÓN, PARTICIPACIÓN E INTEGRACIÓN	
Artículo 136	Definición 615
Artículo 137	Integración 616
Artículo 138	Participación en el fondo de desarrollo de fronteras 618

**TÍTULO XI
LA PROMOCIÓN DEL DESARROLLO MUNICIPAL
EN ZONAS RURALES**

**CAPÍTULO ÚNICO
DEFINICIÓN, COMPETENCIAS Y DESARROLLO
DE MUNICIPIOS EN ZONAS RURALES**

Artículo 139	Definición 623
Artículo 140	Competencias y transferencias 627
Artículo 141	Competencias adicionales 628
Artículo 142	Estructura administrativa 628
Artículo 143.	Órgano de control interno 630

Artículo 144	Participación vecinal	631
Artículo 145	Seguridad ciudadana	631
Artículo 146	Asignación prioritaria y compensatoria de FONCOMUN	632
Artículo 147	Publicación de normas municipales	634

TÍTULO XII
LA TRANSPARENCIA FISCAL
Y LA NEUTRALIDAD POLÍTICA

CAPÍTULO ÚNICO
DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 148.	Transparencia fiscal y portales electrónicos	637
Artículo 149	Transparencia funcional	640
Artículo 150	Neutralidad política	642

TÍTULO XIII
LA MUNICIPALIDAD METROPOLITANA

CAPÍTULO I
DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 151	Régimen especial	647
Artículo 152	Sede y jurisdicción	649
Artículo 153	Órganos metropolitanos	650
Artículo 154	Municipalidades distritales	651
Artículo 155	Aplicación de disposiciones generales	652

CAPÍTULO II
EL CONCEJO METROPOLITANO

Artículo 156	Conformación	653
--------------	--------------------	-----

CAPÍTULO III
LA ALCALDÍA METROPOLITANA

Artículo 158	Alcaldía	657
Artículo 159	Competencias	657
Artículo 160	Funciones	658

**CAPÍTULO IV
LAS COMPETENCIAS Y FUNCIONES
METROPOLITANAS ESPECIALES**

Artículo 161	Competencias y funciones	661
--------------	--------------------------------	-----

**CAPÍTULO V
LA ASAMBLEA METROPOLITANA**

Artículo 162	Conformación	667
--------------	--------------------	-----

**CAPÍTULO VI
LOS ÓRGANOS DE ASESORAMIENTO METROPOLITANO**

Artículo 163	Junta de planeamiento metropolitano	671
Artículo 164	Junta de cooperación metropolitana	671
Artículo 165	Comisiones especiales de asesoramiento	672

**CAPÍTULO VII
LAS RENTAS METROPOLITANAS ESPECIALES**

Artículo 166	Rentas metropolitanas especiales	673
--------------	--	-----

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

Primera	Regularización registral de bienes inscritos.....	675
Segunda	Asignación gradual de competencias	675
Tercera	Normas especiales para municipios rurales	675
Cuarta	Cumplimiento progresivo de competencias y funciones.....	675
Quinta	Transferencia de funciones.....	676
Sexta	Transferencia de recursos económicos	676
Sétima	Comisiones sectoriales de transferencia	676
Octava	Inscripción de predios de municipalidades	676
Novena	Listado de municipalidades rurales.....	676
Décima	Funciones en materia regional.....	676
Décimo primera	Reembolso por obras y servicios.....	677
Décimo segunda	Centros poblados.....	677
Décimo tercera	Predios en conflicto limítrofe.....	677
Décimo cuarta	Regularización de edificaciones.....	678
Décimo quinta	Sistema de acreditación.....	678
Décimo sexta	Presupuestos participativos	679

Décimo séptima	Reprogramación de deudas.....	679
Décimo octava	Pensiones del D.L. N° 20530.....	679
Décimo novena	Portales electrónicos.....	679
Vigésima	Declaración de emergencia.....	679
Vigésimo primera	Fondos municipales de inversión.....	680
Vigésimo segunda	Medidas extraordinarias.....	680
Vigésimo tercera	Fondo de compensación municipal.....	680
Vigésimo cuarta	Vigencia de la AMPE.....	680
Vigésimo quinta	Disposición derogatoria.....	680

LEY DE BASES DE LA DESCENTRALIZACIÓN
LEY N° 27783
(artículos pertinentes)

TÍTULO VII
EL GOBIERNO LOCAL

CAPÍTULO I
CONFORMACIÓN DE MUNICIPALIDADES

Artículo 40	Definición de municipalidades.....	683
Artículo 41	Asignación de competencias a las municipalidades.....	685

CAPÍTULO II
COMPETENCIAS MUNICIPALES

Artículo 42	Competencias exclusivas.....	689
Artículo 43	Competencias compartidas.....	689
Artículo 44	Distribución de competencias municipales.....	692
Artículo 45	Obras de carácter local.....	693

CAPÍTULO III
BIENES Y RENTAS MUNICIPALES

Artículo 46	Bienes y rentas municipales.....	695
Artículo 47	Fondo de Compensación Municipal.....	696

Artículo 48	Régimen de las municipalidades de centros poblados	697
-------------	--	-----

TÍTULO VIII
RELACIONES DE GOBIERNO

Artículo 49	Relaciones de coordinación y cooperación	699
-------------	--	-----

Artículo 50	Relaciones con el Congreso de la República	701
-------------	--	-----

Artículo 51	Relaciones con organismos internacionales	702
-------------	---	-----

Artículo 52	Delegación de funciones del Poder Ejecutivo	703
-------------	---	-----

Artículo 53	Fondo Intergubernamental para la Descentralización	704
-------------	--	-----

Índice general		705
----------------------	--	-----

