



RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL N° 069-2015-GG-EMMSA

Santa Anita, 26 de noviembre de 2015

VISTO:

El Informe N° 075-OAL-EMMSA-2015 de fecha 20.11.2015, de la Oficina de Asesoría Legal; y,

CONSIDERANDO:

Que, mediante Resolución de Gerencia General N° 078-2013/EMMSA de fecha 06.09.2013, la Gerencia General de EMMSA en atención a lo señalado en el Informe N° 001-2013-CEPAD/RESOLUCION 061-2013/EMMSA, resuelve instaurar proceso administrativo disciplinario contra los señores Yuri Monge Palomino (ex Gerente de Operaciones) y Eduardo Vargas Pacheco (ex Jefe del Departamento Logística), otorgándole un plazo de cinco días hábiles para la presentación de los descargos;

Que, mediante Resolución de Gerencia General N° 167-2014-GG/EMMSA de fecha 30.12.2014, se resuelve sancionar con MULTA ascendente a una (01) Unidad Impositiva Tributaria al procesado Eduardo Vargas Pacheco (ex Jefe del Departamento Logística), y sancionar con multa ascendente a una (01) Unidad Impositiva Tributaria al procesado Yuri Ezequiel Palomino Monge, por los fundamentos expuesto en la parte considerativa y los que obran en el Informe N° 001-2014-RGG0472014/EMMSA;

Que, mediante escrito de fecha 28.01.2015, el señor Eduardo Vargas Pacheco formula recurso de reconsideración dentro de los plazos establecidos en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, solicitando se declare la nulidad de la Resolución de Gerencia General N° 167-2014-GG/EMMSA, precisando lo siguiente: Señala que las disposiciones de la Ley del Código de Ética de la Función Pública hacen una genérica remisión al procedimiento administrativo disciplinario, sin precisar el régimen laboral que pudiera tener el sujeto infractor, siendo su aplicación solo el procedimiento disciplinario; No se ha considerado los elementos para la calificación de las faltas, las disposiciones contenidas en el artículo 151° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM: a) Circunstancias en que se comete, b) La Forma de la Comisión, c) La concurrencia de varias faltas, d) La participación de uno o más servidores en la Comisión de la falta, y, e) Los efectos que produce; El Informe N° 001-2013-CEPAD/RESOLUCION 061-2013/EMMSA no contiene una determinación clara de responsabilidad administrativa ni la trasgresión a una norma específica del espectro jurídico nacional; Sobre la imputación de responsabilidades indica que de los propios antecedentes se desprende con claridad que el requerimiento formulado por la Gerencia de Operaciones estableció claramente el servicio de recolección, transporte y disposición final de residuos sólidos, siendo de su exclusiva responsabilidad la descripción del servicio a contratar, definir con precisión su cantidad y calidad, señalando que no es responsable de la formulación del requerimiento ni de la emisión de la Resolución de Gerencia General N° 070-2013-EMMSA de fecha 07.08.2013; La CEPAD ha estado conformada por un miembro que no tiene vínculo laboral alguno con EMMSA; asimismo, el Procedimiento Administrativo Disciplinario ha durado más del plazo establecido en el Decreto Supremo N° 005-90-PCM;

Que, considerando lo expuesto, la Empresa Municipal de Mercados S. A., asumió su modelo societario como una Sociedad Anónima, en ese sentido, los trabajadores de dicha entidad privada se encuentra bajo los alcances del régimen laboral de la actividad privada, el Decreto Legislativo N° 728, por lo que, para los procedimientos disciplinarios, resulta pertinente la aplicación de las normas contenidas en el Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, y la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, y la Directiva N° 11-2003, Administración de Personal en la Empresa de Mercados Mayorista S.A.;

Que, teniendo en cuenta lo expuesto, debemos efectuar el análisis del procedimiento administrativo disciplinario seguido contra el recurrente, para lo cual debemos tener en cuenta que el proceso administrativo disciplinario se inició en mérito a lo señalado en la Sesión de Directorio N°





503 de fecha 10.07.2013, en el que se adoptó como Acuerdo de Directorio N° 027-2013, aprobar la exoneración por la causal de desabastecimiento inminente del proceso de selección para la contratación del servicio de recolección, transporte y disposición final de residuos sólidos de GMML, disponiendo en el cuarto punto que la Gerencia General conforme una Comisión Especial de Procesos Administrativo Disciplinarios en un plazo máximo de tres días a cargo de efectuar el deslinde de responsabilidades a que hubiere lugar por los hechos que motivaron la declaratoria de desabastecimiento.;

Que, con Resolución de Gerencia General N° 062-2013/EMMSA de fecha 12.07.2013, en atención del Acuerdo de Directorio N° 027-2013, se resolvió conformar la Comisión Especial de Procesos Administrativo Disciplinarios a fin de efectuar el deslinde de responsabilidades por los hechos que motivaron la declaratoria de desabastecimiento inminente;

Que, la Comisión Especial, mediante Informe N° 001-2013-CEPAD/RESOLUCION 061-2013/EMMSA, recomienda la apertura proceso administrativo disciplinario contra los funcionarios a cargo de dichas unidades orgánicas por haber incurrido en infracciones contra el deber de responsabilidad (artículo 7 numeral 6), principios de eficiencia (artículo 6 numeral 3) y de idoneidad (artículo 6 numeral 4), asimismo, por el incumplimiento del artículo 13° de la Ley de Contrataciones del Estado, la misma que se formaliza mediante Resolución de Gerencia General N° 078-2013/EMMSA de fecha 06.09.2013;

Que, de la revisión a los actuados para el inicio del procedimiento administrativo disciplinario, podemos observar una clara violación al principio de legalidad y debido procedimiento, está vulneración afecta el acto administrativo de instauración del procedimiento administrativo disciplinario que se materializó con la Resolución de Gerencia General N° 078-2013/EMMSA y la conformación de la Comisión Especial de Procesos Administrativos Disciplinarios mediante Resolución de Gerencia General N° 061-2013/EMMSA;

Que, la vulneración al principio de legalidad se efectúa por la aplicación de las disposiciones contenidas en el régimen laboral del Decreto Legislativo N° 276, Ley de la Carrera Administrativa, las disposiciones de la Ley N° 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública, y la Ley de Contrataciones del Estado; en el caso de la primera norma, se emplearon las disposiciones referente al procedimiento disciplinario, y en el caso de la segunda norma, la aplicación de los principios, deberes y obligaciones que habría trasgredido el recurrente como las faltas; asimismo, se aplicó indebidamente otro cuerpo normativo la Ley de Contrataciones del Estado;

Que, la aplicación de las normas indicadas no han considerado las disposiciones especiales aprobadas por EMMSA, como el Acuerdo N° 039-2007 que aprueba el Reglamento Interno de Trabajo, el cual contiene un capítulo dedicado al Régimen Disciplinario que contiene las faltas administrativas y algunos procedimientos; asimismo, la faltas imputadas no han considerado las disposiciones contenidas en la Directiva N° 11-2003, Administración de Personal en la Empresa de Mercados Mayorista S.A., el Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, y la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, los dos últimos aplicables supletoriamente, en estricta observancia de la naturaleza jurídica de EMMSA, que como hemos señalado en el primer acápite se trata de una empresa Estatal con régimen privado de organización y administración autónoma, no aplicándose las disposiciones del derecho laboral público;

Que, en ese sentido, la vulneración se materializó al aplicarse normas de derecho público sobre normas de carácter privado y especial para empresas del estado, toda vez que el régimen laboral privado no exige la conformación de una comisión especial, y por otro lado, la imputación de infracciones éticas mediante fórmulas generales públicas, contravienen las disposiciones privadas especiales que deben ser observadas por las empresas privadas, más aun cuando se tienen instrumentos internos que establecen las faltas disciplinarias contenidas en la Directiva N° 11-2003, Administración de Personal en la Empresa de Mercados Mayorista S.A.;

Que, con lo expuesto, existe una clara contravención a la Constitución Política del Estado, a las leyes o las normas reglamentarias, por lo que el acto de conformación del Comisión Especial de Procesos Administrativo Disciplinarios mediante Resolución de Gerencia General N° 062-





2013/EMMSA, y la instauración del proceso administrativo disciplinario mediante Resolución de Gerencia General N° 078-2013/EMMSA, devendrían en nulas de pleno derecho;

Que, en cuanto a la vulneración del principio del debido procedimiento, debemos señalar que el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 07289-2005-AA, fundamentos cuarto, ha precisado que: "(...) *el derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución, es un derecho cuyo ámbito de irradiación no abarca exclusivamente el campo judicial, sino que se proyecta, con las exigencias de su respeto y protección, sobre todo órgano, público o privado, que ejerza funciones formal o materialmente jurisdiccionales.;* Así, por ejemplo, hemos subrayado que su respeto y protección, además del ámbito estrictamente judicial, debe observarse en todos los procesos o procedimientos en los que se diluciden los derechos e intereses de las personas, **sean estas personas jurídicas de derecho privado, órganos y tribunales administrativos, Tribunal Constitucional, Jurado Nacional de Elecciones, Consejo Nacional de la Magistratura, Congreso de la República (en materia de juicio político y antejuicio constitucional), tribunales arbitrales, etc.**"; Asimismo, el Tribunal Constitucional en dicha sentencia, fundamento quinto, ha precisado lo siguiente: "*Hemos señalado, igualmente, que dicho derecho comprende, a su vez, diversos derechos fundamentales de orden procesal y que, en ese sentido, se trata de un derecho, por así decirlo, "continente". En efecto, su contenido constitucionalmente protegido comprende una serie de garantías, formales y materiales, de muy distinta naturaleza, que en conjunto garantizan que el procedimiento o proceso en el cual se encuentre inmerso una persona, se realice y concluya con el necesario respeto y protección de todos los derechos que en él puedan encontrarse comprendidos.*";

Que, bajo ese contexto, el debido procedimiento comprende una serie de garantías, formales y materiales de distinta naturaleza, que garantizan el procedimiento, estos derechos pueden comprender como mínimo los siguientes: a. El Derecho a exponer sus argumentos; b. El Derecho a Ofrecer y producir pruebas; y, c. Derecho a obtener una decisión motivada y fundada en derecho;

Que, ahora bien, la CEPAD efectúa la determinación de responsabilidades mediante el Informe N° 001-2013-CEPAD/RESOLUCION 062-2013/EMMSA, señalando que Gerencia de Operaciones y el Departamento de Logística, que no habrían cumplido con las disposiciones contenidas en el artículo 13° de la Ley de Contrataciones del Estado, constituyendo infracción contra el deber de responsabilidad (artículo 7° numeral 6) y los principios de eficiencia (artículo 6° numeral 3) y de idoneidad (artículo 6° numeral 4) de la Ley del Código de Ética de la Función Pública, argumentos asumidos por la Resolución de Gerencia General N° 078-2013/EMMSA;

Que, de acuerdo a la revisión efectuada existe una clara vulneración del debido procedimiento, porque la decisión de instaurar un procedimiento administrativo disciplinario no ha desarrollado previamente un procedimiento de: i. Identificación de los presuntos responsables, ii. No ha determinado claramente los hechos que se han producido para determinar el desabastecimiento inminente, iii. No han señalado la normas internas trasgredidas o las normas laborales especiales, iv. Se han remitido a la Ley de Contrataciones del Estado, sin identificar el nexo causal;

Que, lo expuesto nos permite determinar la existencia de la vulneración del debido proceso, específicamente el **Derecho a obtener una decisión motivada y fundada en derecho**, lo que genera que la imputación de los hechos materia de investigación no tengan los fundamentos suficientes que para ejercer la defensa del recurrente, estos es, no se encuentre debidamente motivada;

Que, por lo expuesto, existe una clara violación del debido procedimiento, por la falta de debida motivación del informe y resolución que instaura el procedimiento administrativo disciplinario, que trasgrede el derecho del recurrente, porque no existe la identificación de los presuntos responsables, solo se determina formulas genéricas como Área Usuaría o Gerencia de Operaciones, lo que no permite identificar claramente la atribución de responsabilidades y configuración de los hechos;

Que, la trasgresión de este derecho al debido procedimiento, contraviene la constitución y los requisitos de validez de los actos administrativos, toda vez que no se motivado y no se ha llevado a cabo un procedimiento regular para la emisión de la Resolución de Gerencia General N° 078-





2013/EMMSA, que resuelve instaurar proceso administrativo disciplinario contra el recurrente, por lo que corresponde declarar la nulidad;

Que, de lo expuesto en el presente informe, se ha identificado que el presente procedimiento disciplinario seguido contra los procesados contiene vicios insubsanables que causan la nulidad de pleno derecho, que afectan a los siguientes actos administrativos:

ACTO ADMINISTRATIVO	CAUSAL DE NULIDAD	HECHO QUE LO MOTIVA
Resolución de Gerencia General N° 062-2013/EMMSA de fecha 12 de julio de 2013	Numeral 1 del artículo 10° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General: La contravención a la constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.	Empleo de normas de derecho público sobre normas privadas especiales en empresas del estado, con régimen laboral privado, conformando una comisión especial, e imputando infracciones éticas genéricas que contravienen las disposiciones privadas especiales.
Resolución de Gerencia General N° 078-2013/EMMSA de fecha 06 de setiembre de 2013	Numeral 1 y 2 del artículo 10° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General: La contravención a la constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias El defecto o la omisión de alguno de los requisitos de validez (...). DEBIDO PROCEDIMIENTO.	No se identifica a los presuntos responsables, solo se establece responsabilidad con fórmulas genéricas como Área Usuaría o Gerencia de Operaciones, lo que no permite identificar claramente la atribución de responsabilidades y configuración de los hechos que constituyen responsabilidad, no tiene una correcta motivación. Se imputa erróneamente las disposiciones de la Ley del Código de Ética de la Función Pública y Ley de Contrataciones del Estado.
Resolución de Gerencia General N° 167-2014-GG/EMMSA de fecha 30 de diciembre de 2014	Numeral 1 del artículo 10° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General: La contravención a la constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.	El inicio del procedimiento disciplinario se encuentra con vicios insubsanables.

Que, de conformidad con lo señalado, corresponde declarar la nulidad de los actos administrativos antes indicados, debiendo retrotraer los efectos de la misma hasta la imputación de los cargos, debiendo tener en cuenta las disposiciones especiales señaladas en el presente informe;

Con el visto bueno de la Oficina de Asesoría Jurídica, en el marco de sus respectivas competencias funcionales; y,

De conformidad con la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y el Reglamento de Organización y Funciones de la Empresa Municipal de Mercados S.A.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- DECLARAR la **NULIDAD** de la Resolución de Gerencia General N° 078-2013/EMMSA de fecha 06 de setiembre de 2013, y la Resolución de Gerencia General N° 167-2014-GG/EMMSA de fecha 30 de diciembre de 2014, ambas emitidas por la Gerencia General de la Empresa Municipal de Mercados S.A.

Artículo 2°.- RETROTRAER el procedimiento al momento de imputación de cargos y solicitud de descargos de los señores Yuri Monge Palomino (ex Gerente de Operaciones) y Eduardo Vargas Pacheco (ex Jefe del Departamento Logística), debiendo tener en consideración al momento de la calificar la conducta los argumentos señalados en la presente resolución.





Artículo 3°.- Notificar la presente resolución a los señores Yuri Monge Palomino y Eduardo Vargas Pacheco, para conocimiento.

Artículo 4°.- Remitir el expediente al Departamento de Personal a fin de que proceda a reconducir el procedimiento disciplinario.

Regístrese y Comuníquese.

EMPRESA MUNICIPAL DE MERCADOS S.A.



JOSE ANTONIO LUNA BAZO
GERENTE GENERAL

