



MUNICIPALIDAD PROVINCIAL MARISCAL NIETO  
LEY ORGANICA 27972 DEL 26-05-2003  
LEY 8230 DEL 03-04-1936

## RESOLUCIÓN DE GERENCIA MUNICIPAL N° 0184 - 2017-GM/MPMN

Moquegua, 11 SEP 2017

### VISTOS:

El Informe Legal N° 714-2017-GAJ/MPMN, de fecha 08 de Setiembre del 2017, y el recurso de apelación con Expediente N° 024979, de fecha 14 de Julio del 2017, interpuesto por Ofelia Esther Zeballos Salazar, en contra de la Resolución Sub Gerencial N° 020-2017-SPBS/GA/MPMN, de fecha 23 de Junio del 2017, y;

### CONSIDERANDO:

Que, la Constitución Política del Perú, en su artículo 194<sup>1</sup>, señala: "Las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno local. Tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia (...)". Asimismo, la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, en su artículo II del Título Preliminar, señala: "Los gobiernos locales gozan de autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. (...)".

Que, la Ley N° 28175, Ley Marco de Empleo Público, que en su Artículo 5°, sobre acceso al empleo público, señala: "El acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto, por grupo ocupacional, en base a los méritos y capacidad de las personas, en un régimen de igualdad de oportunidades".

Que, el Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento del Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, en su artículo 28°, señala: "El ingreso a la Administración Pública en la condición de servidor de carrera o de servidor contratado para labores de naturaleza permanente se efectúa obligatoriamente mediante concurso. La incorporación a la Carrera Administrativa será por el nivel inicial del grupo ocupacional al cual postuló. Es nulo todo acto administrativo que contravenga la presente disposición".

Que, la Ley N° 24041, en su artículo 1° y 2°, señala: "Artículo 1.- Los servidores públicos contratados para labores de naturaleza permanente, que tengan más de un año ininterrumpido de servicios, no pueden ser cesados ni destituidos sino por las causas previstas en el Capítulo V del Decreto Legislativo N° 276 y con sujeción al procedimiento establecido en él, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 15 de la misma ley". "Artículo 2.- No están comprendidos en los beneficios de la presente ley los servidores públicos contratados para desempeñar: 1.- Trabajos para obra determinada. 2.- Labores en proyectos de inversión, proyectos especiales, en programas y actividades técnicas, administrativas y ocupacionales, siempre y cuando sean de duración determinada. 3.- Labores eventuales o accidentales de corta duración. 4.- Funciones políticas o de confianza".

Que, mediante Expediente N° 16847, de fecha 08 de mayo del 2017, la administrada formula recurso de reconsideración, contra el despido arbitrario verbal del que habría sido objeto en fecha 18 de abril del 2017; señalando, que ha laborado de manera continua desde el día lunes cuatro de enero del dos mil dieciséis hasta el día lunes diecisiete de abril del dos mil diecisiete, siendo aplicable a su caso el artículo 1° de la Ley N° 24041, solicitando se le reponga en sus labores habituales de Promotora Administrativa en el Área de Centro Integral del Adulto Mayor de la Municipalidad Provincial Mariscal Nieto; Es así, que mediante Resolución Sub Gerencial N° 020-2017-SPBS/GA/MPMN, de fecha 23 de junio del 2017, se resuelve declarar infundado el recurso de reconsideración formulado mediante Expediente N° 16847, de fecha 08 de mayo del 2017, presentado por doña Ofelia Esther Zeballos Salazar.

Que, en doctrina reiterada, el Tribunal Constitucional ha establecido que el derecho al debido proceso reconocido en el artículo 139°, inciso 3) de la Constitución Política del Perú no sólo tiene una dimensión "jurisdiccional"; sino que además se extiende también a sede "administrativa" y, en general, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido: "(...) cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, [el que] tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal, en los términos del artículo 8° de la Convención Americana". Esta garantía Constitucional (debido proceso) se encuentra reconocida y recogida en la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, en su artículo IV numeral 1.2 del Título Preliminar: "El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios (...) 1.2. Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo (...)".

Que, la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, y sus modificatorias<sup>2</sup>, en su artículo 206°, numeral 206.1, señala: "Conforme a lo señalado en el artículo 109, frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce o

<sup>1</sup> Reformado mediante Ley N° 30305 (publicado 10 de marzo del 2015).

<sup>2</sup> Decreto Legislativo N° 1272, el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado, de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.





MUNICIPALIDAD PROVINCIAL MARISCAL NIETO  
LEY ORGANICA 27972 DEL 26-05-2003  
LEY 8230 DEL 03-04-1936

lesiona un derecho o interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa mediante los recursos administrativos señalados en el artículo siguiente, iniciándose el correspondiente procedimiento recursivo. (...)", y en su artículo 207° numeral 207.1 y 207.2, señala: "207.1. Los recursos administrativos son: a) Recurso de reconsideración, b) Recurso de apelación. (...)". "207.2. El término para la interposición de los recursos es de quince (15) días perentorios, y deberán resolverse en el plazo de treinta (30) días"; Para el presente caso, la Resolución Sub Gerencial N° 020-2017-SPBS/GA/MPMN, de fecha 23 de junio del 2017, notificado en fecha 27 de junio del 2017, conforme se advierte de la constancia de notificación que obra a fojas 29; y, estando a que la administrada mediante Expediente N° 024979, de fecha 14 de julio del 2017, interpone recurso de apelación<sup>3</sup>; por lo que, el recurso impugnatorio se habría interpuesto dentro del plazo de Ley. Correspondiendo pronunciamos respecto a los extremos impugnados (*principio "tantum appellatum, quantum devolutum"*).

Que, la administrada señala como argumentos de su recurso de apelación, entre otros aspectos, básicamente: "(...)

En lo referido al tercer y quinto considerando de la Resolución Sub Gerencial N° 020-2017-SPBS/GA/MPMN. Evidentemente que si se hace una revisión del sistema digital de planillas de la Municipalidad Provincial Mariscal Nieto respecto a mi condición laboral en alguno de los regímenes laborales regulados por el Decreto Legislativo N° 1057, 276 o 728 no figuro como trabajadora, porque la forma como se me ha contratado ha sido a través de contratos de locación de servicios, los mismos que fraudulentamente pretendían encubrir la relación de naturaleza laboral regulada por el Decreto Legislativo N° 276 que mantenía con la Municipalidad Provincial Mariscal Nieto quien arbitrariamente me cesó sin haber incurrido en la comisión de ninguna falta grave tipificada en la Ley de la Carrera Administrativa previo procedimiento disciplinario. Entre la apelante y la Municipalidad Provincial Mariscal Nieto ha existido una relación laboral de carácter subordinado y no una relación civil de carácter independiente. Se llega a dicha conclusión en aplicación del principio de primacía de la realidad respecto del cual el Tribunal Constitucional ha señalado en reiterada jurisprudencia (por todas las sentencias recaídas en el expediente N° 01133-2009-PA/TC) que los Gobiernos Locales jerarquizados y ello supone, necesariamente, la existencia de subordinación, vínculo de subordinación que se acredita con el registro de control de asistencia que se adjuntó en el pedido de reconsideración al despido arbitrario materializado a partir del día martes dieciocho de abril del dos mil diecisiete, asimismo, los documentos que fueron elaborados y/o recepcionados por mi persona durante los quince meses que he laborado realizando labores administrativas permanentes y de manera continua desde el lunes cuatro de enero del dos mil dieciséis hasta el día lunes diecisiete de abril del dos mil diecisiete. En este orden de idea, el régimen laboral al que pertenece la apelante es el regulado por el Decreto Legislativo N° 276 de conformidad a lo establecido en el primer párrafo del artículo 37° de la Ley Orgánica de Municipalidad, Ley N° 27972 que señala: "Los funcionarios y empleados de las municipalidades se sujetan al régimen laboral general aplicable a la administración pública, conforme a ley. (...), ello en aplicación del artículo 1° de la Ley N° 24041. Sobre el tiempo laborado como promotora administrativa para la Municipalidad Provincial Mariscal Nieto. La solicitante inicio a laborar para la Municipalidad Provincial Mariscal Nieto a partir del día lunes cuatro de enero del dos mil dieciséis laborando de manera continua hasta el día lunes diecisiete de abril del dos mil diecisiete, vale decir, he laborado un total de quince meses y diecisiete días realizando labores administrativas y permanentes. Lo señalado (tiempo laborado) se encuentra debidamente acreditado con el cuaderno de control de asistencia que en copia adjunto a la presente reconsideración. (...)".

Que, mediante informe N° 0186-2017-SSQZ-AC-SPBS/GA/GM/MPMN, de fecha 21 de junio del 2017, el área de contratos de la Sub Gerencia de Personal y Bienestar Social, señala, que de la revisión del sistema digital de planillas se desprende que doña Ofelia Esther Zeballos Salazar, no laboró en la Municipalidad Provincial Mariscal Nieto, bajo los regímenes laborales y contractuales del Decreto Legislativo N° 276, 728, ni 1057 (CAS), durante el periodo correspondiente al 04 de enero del 2016 hasta el 17 de abril del 2017, mismo que ha sido sostenido en el informe N° 0274-2017-SSQZ-AC-SPBS/GA/GM/MPMN, de fecha 04 de agosto del 2017; Además se ha señalado que las copias simples de las hojas de un cuaderno (que la administrada alega que son hojas de asistencia), habrían sido elaborados por la propia administrada, toda vez que en dichas hojas contiene la firma y registro sólo de la administrada, lo cual implica que dichas hojas en copia simples no ofrecen credibilidad, más por el contrario resta su valor probatorio. Y, estando a que estas hojas en copia simple no cumple con los requisitos mínimos, establecidas en el artículo 2°<sup>4</sup>, del Decreto Supremo N° 004-2006-TR, modificado mediante Decreto Supremo N° 011-2006-TR, no pueden ser tomados como medios probatorios válidos.

Que, la Ley N° 24041, en su artículo 1°, señala: "Artículo 1.- Los servidores públicos contratados para labores de naturaleza permanente, que tengan más de un año ininterrumpido de servicios, no pueden ser cesados ni destituidos sino por las causas previstas en el Capítulo V del Decreto Legislativo N° 276 y con sujeción al procedimiento establecido en él, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 15 de la misma ley"; del dispositivo normativo citado, se puede advertir que el beneficio que se otorga, está referido a aquellos que han ostentado un contrato de trabajo (relación laboral de naturaleza permanente).

Que, el Tribunal Constitucional, así como la Corte Suprema, en reiterada jurisprudencia ha establecido, que existe un contrato de trabajo, cuando concurren en forma copulativa tres elementos: i) Prestación Personal de Servicios, ii) Remuneración, y iii) Subordinación (horario de trabajo y dependencia), este último elemento característico de un contrato de trabajo.

<sup>3</sup> Artículo 209.- El recurso de apelación se interpondrá cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestionamientos de puro derecho, debiendo dirigirse a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico.

<sup>4</sup> Artículo 2.- Contenido del registro El registro contiene la siguiente información mínima: - Nombre, denominación o razón social del empleador. - Número de Registro Único de Contribuyentes del empleador. - Nombre y número del documento obligatorio de identidad del trabajador. - Fecha, hora y minutos del ingreso y salida de la jornada de trabajo. - Las horas y minutos de permanencia fuera de la jornada de trabajo.





MUNICIPALIDAD PROVINCIAL MARISCAL NIETO  
LEY ORGANICA 27972 DEL 26-05-2003  
LEY 8230 DEL 03-04-1936

Que, en el caso materia de la presente, no se configuran estos elementos característicos de un contrato de trabajo, no está acreditado la prestación personal de servicios, no está acreditado la remuneración, como tampoco estaría acreditado el elemento subordinación; toda vez que, para determinar la existencia de una relación laboral, deben concurrir tres elementos característicos, prestación de servicios personales, remuneración y principalmente la subordinación; si bien es cierto que la administrada alega que habría prestado servicios a través de contratos de locación de servicios, empero dicha alegación no está acreditada; No obstante, se adjunta copias de unas hojas de un cuaderno, (que la administrada alega que son hojas de asistencia), habrían sido elaborados por la propia administrada, toda vez que en dichas hojas contiene la firma y registro sólo de la administrada, lo cual implica que dichas hojas en copia simples no ofrecen credibilidad, más por el contrario resta su valor probatorio. Y, estando a que estas hojas en copia simple no cumple con los requisitos mínimas, establecidas en el artículo 2°, del Decreto Supremo N° 004-2006-TR, modificado mediante Decreto Supremo N° 011-2006-TR, no pueden ser tomados como medios probatorios válidos.

Que, por consiguiente, no está acreditado en autos, la subordinación, elemento característico de la existencia de una relación laboral; Por cuanto, siguiendo los parámetros establecidos por Tribunal Constitucional expuesto en la Sentencia recaída en el Expediente N° 00015-2008-PA/TC, el Tribunal Constitucional, ha expresado con suma claridad cuáles son los medios probatorios idóneos para aplicar en los casos en los que se pide la desnaturalización de contratos y existencia de una relación a plazo indeterminado, señaló en sus fundamentos 6, 7, 8 y 9, lo siguiente:

6. A efectos de aplicar el principio en cuestión debe acreditarse el cumplimiento de un horario de trabajo, la emisión de papeletas de permisos de entradas y salidas, u otro medio fehaciente que corrobore una situación de dependencia y permanente (STC 4877-2005-AA/TC, 4816-2005-AA/TC).
7. En el presente caso, de fojas 3 a 6, 8 y de 12 a 29, obra el acta de inspección de la dirección regional de trabajo y promoción del empleo de Junín y la constancia de trabajo que señala que la demandante laboró en la modalidad de locación de servicios, en calidad de chofer y guardián, en los periodos comprendidos del 15 de enero al 31 de marzo de 2003 y del 1 de febrero al 30 de junio de 2004; asimismo, obran los memorandos e informes de los servicios que realizaba el recurrente a favor de la emplazada.
8. No obstante, a fojas 7, 9, 10 y 11, se puede observar que estos documentos por sí solos, no acreditan que haya existido una relación laboral entre el demandante y la demandada, debido a que el certificado expedido por la emplazada no indica el tiempo de las labores realizadas. En cuanto a la solicitud y la constancia sindical, debemos indicar que estas carecen de valor, debido a que el recurrente se encontraba prestando servicios bajo la modalidad de locación de servicios; razón por la que el demandante no podría formar parte integrante de un sindicato.
9. En consecuencia, no habiéndose acreditado que el recurrente realice labores en forma subordinada, permanente y continua, no es de aplicación el principio de primacía de la realidad; razón por la que no se puede invocar la existencia de un despido arbitrario al no haberse podido acreditar una relación laboral entre las partes.

Que, en este sentido, no estando acreditada los elementos característicos de una relación laboral, esto es, la prestación personal de servicios, remuneración y la subordinación, en consecuencia, no está acreditado que la administrada, haya realizado labores en forma subordinada, permanente y continua, no siendo de aplicación el principio de primacía de la realidad<sup>5</sup>. Por consiguiente deviene en infundado el recurso de apelación.

Que, además, el artículo 1° de la Ley N° 24041, establece: "Los servidores públicos contratados para labores de naturaleza permanente, que tengan más de un año ininterrumpido de servicios, no pueden ser cesados ni destituidos sino por las causas previstas en el Capítulo V del Decreto Legislativo N° 276 y con sujeción al procedimiento establecido en él"; por lo tanto para acceder al derecho que regula esta norma, se requiere reunir copulativamente dos supuestos: primero, que el servidor público efectúe labores de naturaleza permanente; y, segundo, tenga más de un año ininterrumpido de servicios.

Que, de la labor de naturaleza permanente: La administrada ha señalado que habría laborado realizando labores administrativas permanentes, empero el mismo no está acreditado en autos, toda vez que no existe medio probatorio idóneo que acredite que la administrada habría laborado, máxime si mediante informe N° 0186-2017-SSQZ-AC-SPBS/GA/GM/MPMN, de fecha 21 de junio del 2017, el área de contratos de la Sub Gerencia de Personal y Bienestar Social, señala, que de la revisión del sistema digital de planillas se desprende que doña Ofelia Esther Zeballos Salazar, no laboró en la Municipalidad Provincial Mariscal Nieto, bajo los regímenes laborales y contractuales del Decreto Legislativo N° 276, 728, ni 1057 (CAS), durante el periodo correspondiente al 04 de enero del 2016 hasta el 17 de abril del 2017, mismo que ha sido sostenido en el informe N° 0274-2017-SSQZ-AC-SPBS/GA/GM/MPMN, de fecha 04 de agosto del 2017; Y, más por el contrario, en autos no está acreditado la existencia de un contrato de trabajo (prestación personal de servicios, remuneración, subordinación).

Que, de la labor por más de un año ininterrumpido: La administrada alega que habría laborado durante quince (15) meses, es decir desde 04 de enero del 2016 al 17 de abril del 2017; Empero el mismo no está acreditado en autos, toda vez que no existe

<sup>5</sup> STC 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".





MUNICIPALIDAD PROVINCIAL MARISCAL NIETO  
LEY ORGANICA 27972 DEL 26-05-2003  
LEY 8230 DEL 03-04-1936

medio probatorio idóneo que acredite que la administrada laborado, máxime si mediante informe N° 0186-2017-SSQZ-AC-SPBS/GA/GM/MPMN, de fecha 21 de junio del 2017, el área de contratos de la Sub Gerencia de Personal y Bienestar Social, señala, que de la revisión del sistema digital de planillas se desprende que doña Ofelia Esther Zaballos Salazar, no laboró en la Municipalidad Provincial Mariscal Nieto, bajo los regímenes laborales y contractuales del Decreto Legislativo N° 276, 728, ni 1057 (CAS), durante el periodo correspondiente al 04 de enero del 2016 hasta el 17 de abril del 2017, mismo que ha sido sostenido en el informe N° 0274-2017-SSQZ-AC-SPBS/GA/GM/MPMN, de fecha 04 de agosto del 2017; Además, las copias de unas hojas de un cuaderno, (que la administrada alega que son hojas de asistencia), habrían sido elaborados por la propia administrada, toda vez que en dichas hojas contiene la firma y registro sólo de la administrada, lo cual implica que dichas hojas en copia simples no ofrecen credibilidad, mas por el contrario resta su valor probatorio. Y, estando a que estas hojas en copia simple no cumple con los requisitos mínimas, establecidas en el artículo 2°, del Decreto Supremo N° 004-2006-TR, modificado mediante Decreto Supremo N° 011-2006-TR, no pueden ser tomados como medios probatorios válidos.

Que, si bien es cierto que el artículo 1° de la Ley N° 24041, no establece que el trabajador contratado deba haber ingresado por concurso público; No obstante, se tiene que en la Constitución Política del Perú de 1993, en su artículo 40°, se señala: "La ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores público (...)", y dentro del bloque constitucional de normas, forma parte la Ley N° 28175, Ley Marco de Empleo Público, el Decreto Legislativo N° 276 y su reglamento el Decreto Supremo N° 005-90-PCM.

Que, el derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad: La Constitución no contiene enunciado en su catálogo de derechos el derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad. No obstante, este derecho conforma nuestro ordenamiento constitucional y, concretamente, el sistema de derechos constitucionales, porque está reconocido por el *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* de los que el Estado Peruano es parte.

Que, respecto a los Tratados Internacionales sobre derechos humanos y su rango constitucional: Los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado Peruano es parte, integran el ordenamiento jurídico. En efecto, conforme al artículo 55° de la Constitución, los "tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional." En tal sentido, el Derecho Internacional de los derechos humanos forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y, por tal razón, el Tribunal Constitucional ha afirmado que los tratados que lo conforman y a los que pertenece el Estado Peruano, "son Derecho válido, eficaz y, en consecuencia, inmediatamente aplicable al interior del Estado" Esto significa en un plano más concreto que los derechos humanos enunciados en los tratados que conforman nuestro ordenamiento vinculan a los poderes públicos.

Que, los Tratados Internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, detentan rango constitucional. El Tribunal Constitucional ya ha afirmado al respecto que dentro de las "normas con rango constitucional" se encuentran los "Tratados de Derechos Humanos". Si conforme a lo anterior, los derechos reconocidos en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos tienen rango constitucional, debe concluirse que dichos tratados detentan rango constitucional. El rango constitucional que detentan trae consigo que dichos tratados están dotados de fuerza activa y pasiva propia de toda fuente de rango constitucional, y en este sentido, su condición de derecho constitucional en el ordenamiento jurídico peruano.

Que, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conforman el ordenamiento jurídico peruano. Tanto uno y otro reconocen el derecho de acceso a la función pública en igualdad de condiciones: El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en el artículo 25, inciso c):

"Artículo 25.- Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

(...)

c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país".

Que, por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 23, numeral 1, literal c), establece que:

"Artículo 23.- Derechos Políticos:

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

(...)

c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país".

Que, en una primera aproximación, el contenido de este derecho puede desmembrarse como sigue: a) acceso a la función pública, b) condiciones de igualdad en el acceso. Por un lado, se reconoce en cuanto derecho subjetivo el acceso a la función pública, esto es, la facultad de incorporarse a la función pública por parte de cualquier ciudadano. Se trata aquí del bien jurídico como objeto de protección (*acceso a la función pública*). Por otro, en cambio, se establece una exigencia particular del acceso: la igualdad de condiciones.





MUNICIPALIDAD PROVINCIAL MARISCAL NIETO  
LEY ORGANICA 27972 DEL 26-05-2003  
LEY 8230 DEL 03-04-1936

Que, el acceso a la función pública debe estar regulado. La previsión de una función pública por parte de cualquier norma del ordenamiento jurídico trae consigo la configuración del bien jurídico que es objeto de este derecho fundamental. Ahora bien, los requisitos y procedimientos para acceder a la función pública constituyen precisamente las "condiciones" a las que se aluden.

Que, por consiguiente; La Ley N° 28175, Ley Marco de Empleo Público, en su artículo 5°, ha establecido: "El acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto, por grupo ocupacional, en base a los méritos y capacidad de las personas, en un régimen de igualdad de oportunidades", y en su artículo 9°, señala: "La inobservancia de las normas de acceso vulnera el interés general e impide la existencia de una relación válida. Es nulo de pleno derecho el acto administrativo que las contravenga, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles o penales de quien lo promueva, ordena o permita".

Que, el artículo 28° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento del Decreto Legislativo N° 276, establece que el ingreso a la administración pública en la condición de servidor de carrera o de servidor contratado para labores de naturaleza permanente se efectúa obligatoriamente mediante concurso, es nulo todo acto administrativo que contravenga la presente disposición; Por tanto, para este tipo de trabajadores se exige necesaria e imperativamente, bajo causal de nulidad, que el ingreso haya sido por concurso público, artículo 5° y 9° de la Ley N° 28175, Ley Marco de Empleo Público (aún vigente), artículo 28° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento del Decreto Legislativo N° 276, mismo que guarda relación con el artículo 12° y 15° del Decreto Legislativo N° 276. (Subrayado es nuestro).

Que, es importante resaltar la sentencia vinculante expedida por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 0002-2010-PA/TC, donde el Tribunal Constitucional estableció como segunda conclusión: Que para ingresar al sector público, tanto en el régimen laboral público como en el privado, resulta necesario no sólo la existencia de una plaza vacante, que debe encontrarse previamente presupuestada, sino además que no exista impedimento para que aquella sea cubierta a través del mecanismo idóneo, que no es otra que mediante concurso público de méritos y abierto. Por consiguiente, los trabajadores contratados y/o para considerar que han sido contratados bajo el régimen laboral público regulado por el Decreto Legislativo N° 276, el ingreso es por concurso público bajo sanción de nulidad. (Énfasis es nuestro).

Que, el Tribunal Constitucional, al expedir la **Sentencia N° 06681-2013-AA/TC**, caso "Cruz Llamas", podría eventualmente interpretarse, que el precedente "Huatuco", abarca también a los servidores que laboran dentro del régimen laboral público y, dentro de ellos, concretamente, a los que buscan y obtienen protección relativa en base a la Ley N° 24041. Así se establece en el fundamento (11) once expresamente:

*"11. Señalado esto, es claro que el «Precedente Huatuco» solo resulta de aplicación cuando se trata de pedidos de reincorporación en plazas que forman parte de la carrera administrativa, y no frente a otras modalidades de función pública. Esto es especialmente relevante, pues implica tener en cuenta que hay distintos regímenes legales que sí forman parte de la carrera pública (por ejemplo, y sin ánimo taxativo, los trabajadores sujetos al Decreto Legislativo N.º 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, y a la Ley N.º 30057, Ley del Servicio Civil), y otros que claramente no forman parte de ella (como es el caso, también sin ánimo exhaustivo, de los obreros municipales sujetos a la actividad privada, los trabajadores del régimen de la Contratación Administrativa de Servicios, los funcionarios de confianza o los trabajadores de las empresas del Estado)".*

Que, el Pleno Jurisdiccional Distrital Constitucional, Civil, Familia y Contencioso Administrativo del año dos mil seis, en su Tema V, ha establecido que: "Por el principio de legalidad, el requisito básico para que un trabajador público al servicio de una entidad del estado se encuentre bajo el alcance del Decreto Legislativo N° 276 o 728, prefenda la reposición es que su acceso haya sido en forma regular mediante concurso público, de conformidad con lo que dispone el artículo 12° del Decreto Legislativo 276 y el artículo 5° de la Ley Marco del Empleo Público N° 28175". Además, el Pleno Jurisdiccional Regional Constitucional, Civil y Familia del año dos mil cinco, en su Tema II, sobre aplicación de la Ley N° 24041, ha establecido que: "(...) si el Decreto Legislativo admite que el estado contrate trabajadores para labores permanentes a plazo fijo, es a estos trabajadores a quienes protege el artículo 1° de la Ley N° 24041, pero como quiera que conforme al artículo 12° del Decreto Legislativo N° 276 los trabajadores deben de ingresar por concurso público, deberá tomarse en cuenta que para invocar la protección del referido dispositivo, el trabajador debió haber ingresado por concurso público".

Que, por consiguiente, en buena cuenta el ingreso a la administración pública debe ser mediante concurso público, ello en aplicación del principio de igualdad de oportunidad (principio de meritocracia); esto es, el derecho de acceso a la función pública tiene como principio consustancial el principio de mérito (concurso público de méritos y abierto), el cual vincula plenamente al Estado y toda Entidad pública en general. Esto significa que este principio vincula positivamente al legislador a que la regulación sobre el acceso a toda función pública observe irrestrictamente el principio basilar del acceso por mérito; asimismo, que toda actuación de la administración del Estado y de toda Entidad pública, en general, observe tal principio en todos sus actos en relación al acceso a la función pública de las personas.





MUNICIPALIDAD PROVINCIAL MARISCAL NIETO  
LEY ORGANICA 27972 DEL 26-05-2003  
LEY 8230 DEL 03-04-1936

Que, ahora bien; con la intención de promover la meritocracia y la eficiencia del Estado, en el acceso al empleo público, para beneficio de los usuarios del servicio público (que somos todos los peruanos y contribuyentes); se ha ordenado que los cargos y plazas en la Administración Pública, así como las promociones de categorías o funciones, serán cubiertos por concurso de méritos (Ley 24241, del 28 de diciembre de 1984: artículo 1°). Es más, este criterio también se halla reforzado por el hecho que, hoy en día, el acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto por grupo ocupacional, en base a los méritos y capacidad de las personas, en un régimen de igualdad de oportunidades (Ley Marco del Empleo Público, Ley N° 28175, vigente desde el 1 de enero del 2005: artículo 5°); siendo nulo de pleno derecho el acto administrativo en contrario, bajo la correspondiente responsabilidad civil, administrativa o penal (Ley N° 28175: artículo 9°), en el mismo sentido, el artículo 28 del Reglamento de la Carrera Administrativa, Decreto Supremo 005-90-PCM, ha establecido.

Que, no obstante, no se aprecia de autos que el acceso de la administrada al empleo público, haya sido resultado del correspondiente concurso público de méritos y oposición, como manda la Ley; por lo que, de ser el caso, su ingreso al empleo público sería irregular y nulo, de conformidad al artículo 202° y siguientes de la Ley del Procedimiento Administrativo General, en atención al mentado acceso irregular al empleo público de la administrada (Ley N° 28175: artículo 9°); Máxime si del informe N° 0186-2017-SSQZ-AC-SPBS/GA/GM/MPMN, de fecha 21 de junio del 2017, el área de contratos de la Sub Gerencia de Personal y Bienestar Social, señala, que de la revisión del sistema digital de planillas se desprende que doña Ofelia Esther Zeballos Salazar, no laboró en la Municipalidad Provincial Mariscal Nieto, bajo los regímenes laborales y contractuales del Decreto Legislativo N° 276, 728, ni 1057 (CAS), durante el período correspondiente al 04 de enero del 2016 hasta el 17 de abril del 2017, mismo que ha sido sostenido en el informe N° 0274-2017-SSQZ-AC-SPBS/GA/GM/MPMN, de fecha 04 de agosto del 2017; En consecuencia, deviene en infundado los argumentos esgrimidos en el recurso de apelación, correspondiendo confirmarse la recurrida.



Que, el numeral 218.2 del artículo 218° de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, señala que son actos que agotan la vía administrativa: "El acto respecto del cual no proceda legalmente impugnación ante una autoridad u órgano jerárquicamente superior en la vía administrativa (...)"; en razón de lo mencionado el recurrente estará facultado recurrir a la vía judicial, si en caso no encuentra conforme la decisión adoptada; en consecuencia, corresponde dar por agotada la vía administrativa.

Que, con Informe Legal N° 714-2017/GAJ/MPMN, de fecha 08 de Setiembre del 2017, la Gerencia de Asesoría Jurídica, opina que, se declare infundado el recurso de apelación interpuesto por Ofelia Esther Zeballos Salazar, en contra la Resolución Sub Gerencial N° 020-2017-SPBS/GA/MPMN, de fecha 23 de junio del 2017, debiendo confirmarse la misma, además de dar por agotada la vía administrativa.



Por los fundamentos expuestos, de conformidad con lo previsto en el numeral 20) artículo 20° y 39° de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, artículo 74° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, y conforme a lo dispuesto en el numeral 7) del artículo primero de la Resolución de Alcaldía N° 1283-2015-A/MPMN, de fecha 23 de noviembre del 2015, sobre delegación de facultades a la Gerencia Municipal, para resolver en última instancia administrativa los asuntos resueltos por las demás Gerencias y contando con las visaciones correspondientes;

**SE RESUELVE:**

**ARTÍCULO PRIMERO.- DECLARAR INFUNDADO**, el recurso de apelación interpuesto por **OFELIA ESTHER ZEBALLOS SALAZAR**, en contra de la Resolución Sub Gerencial N° 020-2017-SPBS/GA/MPMN, de fecha 23 de junio del 2017; **CONFIRMÁNDOSE** la misma por las consideraciones expuestas en la presente.

**ARTÍCULO SEGUNDO.- DAR por AGOTADA LA VÍA ADMINISTRATIVA**, en aplicación de la Ley N°27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, artículo 218° y su modificatoria el Decreto Legislativo N° 1272, Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

**ARTÍCULO TERCERO.- NOTIFIQUESE**, a la administrada Ofelia Esther Zeballos Salazar, en el domicilio que corresponda, conforme a la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo y su modificatoria el Decreto Legislativo N° 1272, Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

**ARTÍCULO CUARTO.- ENCARGAR**, a la Oficina de Tecnología de la Información y Estadística la publicación de la Resolución en el Portal Institucional [www.munimoquegua.gob.pe](http://www.munimoquegua.gob.pe), de la Municipalidad Provincial Mariscal Nieto – Moquegua.

**REGÍSTRESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.**

MUNICIPALIDAD PROVINCIAL MARISCAL NIETO  
MOQUEGUA

.....  
CPCC CARLOS ALBERTO PONCE ZAMBRANO  
GERENTE MUNICIPAL