



MUNICIPALIDAD PROVINCIAL MARISCAL NIETO  
LEY ORGÁNICA N° 27972 DEL 26-05-2003  
LEY N° 8230 DEL 03-04-1936

**RESOLUCIÓN DE GERENCIA MUNICIPAL**  
**N° 108 - 2018-GM/MPMN**

Moquegua, 04 / 04 / 2018

VISTO:

El Informe Legal N° 186-2018/GAJ/MPMN, de fecha 02 de abril de 2018, el recurso de apelación con Expediente N° 2298, de fecha 18 de enero de 2018, interpuesto por Oswaldo Juan Yáñez Palomino, en contra del Memorandum Múltiple N° 0018-2017-SPBS/GA/MPMN, de fecha 11 de diciembre de 2017, solicitud de acogimiento al silencio administrativo y por agotada la vía administrativa, del señor Oswaldo Juan Yáñez Palomino, Expediente N° 008818, de fecha 09 de marzo de 2018, Expediente Administrativo y demás actuados, 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 Constitución Política del Perú, en su artículo 139° numeral 3 y 5, señala como principios y derechos de la función jurisdiccional: "3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, (...)". "5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, (...)";



Que, el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en su Artículo IV del Título Preliminar, numeral 1.1 y 1.2, señala: "1.1. 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". "1.2. Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable (...)";

Que, el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en su artículo 197°, numeral 197.3, 197.4 y 197.5, señala: "197.3 El silencio administrativo negativo tiene por efecto habilitar al administrado la interposición de los recursos administrativos y acciones judiciales pertinentes. 197.4 Aun cuando opere el silencio administrativo negativo, la administración mantiene la obligación de resolver, bajo responsabilidad, hasta que se le notifique que el asunto ha sido sometido a conocimiento de una autoridad jurisdiccional o el administrado haya hecho uso de los recursos administrativos respectivos. 197.5 El silencio administrativo negativo no inicia el cómputo de plazos ni términos para su impugnación";

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, la Ley N° 24241, en su artículo 1°, señala: "Los cargos y plazas en la administración pública, así como las promociones de categorías o funciones serán cubiertos por concurso de méritos";

Que, la Ley N° 28175, Ley Marco de Empleo Público, en su artículo 5° y 9°, señala: "Artículo 5.- 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." "Artículo 9.- 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

<sup>1</sup> Reformado mediante Ley N° 30305.



MUNICIPALIDAD PROVINCIAL MARISCAL NIETO  
LEY ORGÁNICA N° 27972 DEL 26-05-2003  
LEY N° 8230 DEL 03-04-1936

responsabilidades administrativas, civiles o penales de quien lo promueva, ordena o permita";

Que, el Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, en su artículo 2°, señala: "No están comprendidos en la Carrera Administrativa los servidores públicos contratados ni los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza, pero sí en las disposiciones de la presente Ley en lo que les sea aplicable. (...)";

Que, el Decreto Supremo N° 005-90-PCM, del Decreto Legislativo 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, 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, 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 procedimiento administrativo) se encuentra reconocida y recogida en el TUO de la LPAG, en su Artículo IV, numeral 1.1 y 1.2 del Título Preliminar: "1.1 Principio de Legalidad.- 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". "1.2 Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo (...)";

Que, en efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que el conjunto de garantías que conforman el debido proceso debe ser observado por cualquier autoridad administrativa que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas, tal como se aprecia de la siguiente cita: "...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. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana."<sup>2</sup> Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estima que el debido proceso resulta aplicable en la esfera administrativa a efectos de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos<sup>3</sup>, tales como las sanciones administrativas. En esa línea, el Tribunal Constitucional considera que el derecho al debido proceso reconocido en el numeral 3) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, no solo tiene una dimensión estrictamente jurisdiccional, sino que se extiende también al procedimiento administrativo<sup>4</sup>. Este Tribunal refiere que el fundamento principal por el cual el debido proceso resulta aplicable a los procedimientos administrativos reside en el hecho de que la Administración Pública se encuentra vinculada a la Constitución Política del Perú y, por ende, a las garantías procesales que este reconoce a las personas, tal como se aprecia de la siguiente cita: "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."<sup>5</sup> Por lo expuesto, el cumplimiento de las garantías que conforman el debido proceso no solo resulta exigible a nivel judicial, sino ante cualquier instancia en el que se determine derechos y obligaciones de diversa índole. En ese sentido, la Administración Pública no se encuentra exenta de cumplir con todas las garantías que permitan alcanzar una decisión justa en los procedimientos administrativos de su competencia<sup>6</sup>. Más aún si se tiene en cuenta que la Administración se encuentra vinculada a la Constitución Política del Perú, por lo que debe respetar sus principios, tales como el debido proceso; y velar por el cumplimiento de sus fines, entre los que se encuentra la protección de los derechos de la persona y su dignidad<sup>7</sup>;

Que, para el Tribunal Constitucional, el principio del debido procedimiento supone, en primer término, que todos los administrados tienen derecho a la existencia de un procedimiento administrativo previo a la producción de las decisiones administrativas que les conciernan. Asimismo, dicho principio implica que la Administración Pública tiene el deber de producir sus decisiones cumpliendo las reglas que conforman el procedimiento, de modo que es flagrantemente violatorio de este principio emitir actos administrativos sin escuchar a los administrados<sup>8</sup>. El Tribunal Constitucional, en la STC N° 00503-2013-PA/TC, ha señalado, conforme lo ha expuesto en reiterada y uniforme jurisprudencia, el debido proceso, como principio constitucional, está concebido como el

<sup>2</sup> Corte IDH. Caso Tribunal Constitucional vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de enero de 2001. párrafo 71.

<sup>3</sup> Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia del 6 de febrero de 2001. párrafo 102. Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Garantías judiciales en Estados de Emergencia. (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). párrafo 27.

<sup>4</sup> Sentencia del 14 de noviembre de 2005, recaída en el Expediente N° 03741-2004-AA/TC, fundamento jurídico 18.

<sup>5</sup> Sentencia de 7 de agosto de 2008, recaída en el Expediente N° 8495-2006-PA/TC, fundamento jurídico 33.

<sup>6</sup> AGUILAR CARDOSO, Luis Enrique. El derecho humano al debido procedimiento administrativo en la gestión migratoria. Lima: Comisión Andina de Juristas, 2010, p. 17.

<sup>7</sup> DE OTTO, Ignacio. Derecho Constitucional y Sistema de Fuentes. Barcelona: Editorial Ariel, 1998, p. 69.

<sup>8</sup> Al respecto, ver la Sentencia del 29 de agosto de 2004 recaída en el Expediente N° 1628-2003-AA/TC, segundo párrafo del fundamento jurídico 6.





MUNICIPALIDAD PROVINCIAL MARISCAL NIETO  
LEY ORGÁNICA N° 27972 DEL 26-05-2003  
LEY N° 8230 DEL 03-04-1936

cumplimiento de todas las garantías y normas de orden público que deben aplicarse a todos los casos y procedimientos, incluidos los administrativos a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos. Vale decir que cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea éste administrativo — como en el caso de autos— o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal. En efecto el derecho al debido proceso y los derechos que este contiene son invocables y por tanto garantizados no solo en el seno de un proceso judicial, sino también en el ámbito del procedimiento administrativo. Así "el Debido Proceso Administrativo" supone en toda circunstancia, el respeto —por parte de la administración pública— de todos aquellos principios y derechos normalmente invocables en el ámbito de la jurisdicción común o especializada y a los que se refiere el artículo 139° de la Constitución Política del Perú;

Que, la Constitución Política del Perú, en su artículo 139° numeral 5, señala como principios y derechos, la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias; El derecho a una decisión motivada y fundada en derecho se encuentra reconocido en el Numeral 1.2 del Artículo IV del Título Preliminar de la LPAG. En aplicación de esta garantía se exige a la Administración Pública que exteriorice las razones que sustentan su decisión (resolución administrativa)<sup>9</sup>. En tal sentido, esta garantía implica que la autoridad administrativa consigne en sus resoluciones los hechos y las normas jurídicas que han determinado el sentido de su decisión<sup>10</sup>. Cabe indicar que el numeral 4 del Artículo 3° y el Artículo 6° del TUO de la LPAG señalan que la motivación constituye un requisito de validez de los actos administrativos. La motivación debe ser expresa, indicando la relación concreta y directa entre los hechos probados y las normas jurídicas. Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto. No son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto;

Que, en este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que la debida motivación implica que la Administración Pública mencione en la resolución administrativa los hechos que configuran la infracción, las normas aplicables y las consecuencias previstas en estas<sup>11</sup>. Asimismo, el Tribunal Constitucional refiere que esta garantía implica que exista congruencia entre lo pedido y lo resuelto<sup>12</sup>. Además, el supremo intérprete de la Constitución ha señalado que la motivación de la actuación administrativa es una exigencia ineludible para la emisión de todo tipo de acto administrativo, sea estos emitidos en mérito de una potestad reglada o discrecional<sup>13</sup>. En relación a la motivación de los actos discrecionales, el Tribunal Constitucional refiere que estos no pueden justificarse en la mera apreciación de la autoridad administrativa, sino en razones de hecho y derecho, tal como se advierte de la siguiente cita: "un acto administrativo dictado al amparo de una potestad discrecional legalmente establecida resulta arbitrario cuando solo expresa la apreciación individual de quien ejerce la competencia administrativa, o cuando el órgano administrativo, al adoptar la decisión, no motiva o expresa las razones que lo han conducido a adoptar tal decisión. De modo que, motivar una decisión no solo significa expresar únicamente bajo qué norma legal se expide el acto administrativo, sino, fundamentalmente, exponer en forma sucinta —pero suficiente— las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada"<sup>14</sup>. Por último, el Tribunal Constitucional refiere que la exigencia de motivación suficiente de las resoluciones constituye una garantía de razonabilidad y no arbitrariedad de la decisión administrativa. En esa medida, este Tribunal sostiene que la falta de motivación o su insuficiencia constituye una arbitrariedad y, por ende, una vulneración del debido procedimiento administrativo<sup>15</sup>;

Que, por su parte, el Tribunal Constitucional, en su STC 00091 -2005-PA/TC, criterio reiterado en la STC 294-2005-PA/TC, STC 5514- 2005-PA/TC, STC 8495-2006-PA/TC entre otras; ha tenido la oportunidad de expresar su posición respecto a la motivación de los actos administrativos: "(...) El derecho a la motivación de las resoluciones administrativas es de especial relevancia. Consiste en el derecho a la certeza, el cual supone la garantía de todo administrado a que las sentencias estén motivadas, es decir, que exista un razonamiento jurídico explícito entre los hechos y las leyes que se aplican. (...) La motivación de la actuación administrativa, es decir, la fundamentación con los razonamientos en que se apoya, es una exigencia ineludible para todo tipo de actos administrativos, imponiéndose las mismas razones para exigirla tanto respecto de actos emanados de una potestad reglada como discrecional. El tema de la motivación del acto administrativo es una cuestión clave en el ordenamiento jurídico-administrativo, y es objeto central de control integral por el juez constitucional de la actividad administrativa y la consiguiente supresión de los ámbitos de inmunidad jurisdiccional. Constituye una exigencia o condición impuesta para la vigencia efectiva del principio de legalidad, presupuesto ineludible de todo Estado de derecho;

Que, estando al señalado, corresponder indicar que; En el silencio administrativo negativo, ante la ausencia de una resolución expresa se considera una denegatoria ficta por parte de la administración, que permite al interesado acceder a la instancia superior o a la vía jurisdiccional, según sea el momento procesal en el que se presente. La nueva regulación del silencio

<sup>9</sup> CORTEZ TATAJE, Juan Carlos. Óp. cit., p. 188

<sup>10</sup> LANDA ARROYO, César. Óp. cit., p. 451.

<sup>11</sup> Corte IDH, Caso Yatama vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005, párr. 153.

<sup>12</sup> Sentencia del 14 de noviembre de 2005, recaída en el Expediente N° 8605-2005-AA/TC, fundamento jurídico 23.

<sup>13</sup> Sentencia del 18 de febrero de 2005, recaída en el Expediente N° 0091-2005-PA/TC, fundamento jurídico 9.

<sup>14</sup> Sentencia del 7 de agosto de 2008, recaída en el Expediente N° 8495-2006-PA/TC, fundamento jurídico 40.

<sup>15</sup> Sentencia del 25 de mayo de 2006, recaída en el Expediente N° 294-2005-PA/TC, fundamento jurídico 4.





MUNICIPALIDAD PROVINCIAL MARISCAL NIETO  
LEY ORGÁNICA N° 27972 DEL 26-05-2003  
LEY N° 8230 DEL 03-04-1936

administrativo<sup>16</sup>, otorga el carácter de resolución al silencio positivo, siendo que el silencio negativo habilita la interposición de recursos y demandas, no constituyendo una resolución ficta. (Subrayado es agregado);

Que, en el presente caso, el administrado, ante la ausencia de resolución expresa de parte de la Municipalidad, respecto de su recurso de apelación formulado mediante Expediente N° 2298, de fecha 18 de enero de 2018, en contra del Memorándum Múltiple N° 0018-2017-SPBS/GA/GM/MPMN, de fecha 11 de diciembre de 2017; mediante Expediente N° 008818, de fecha 09 de marzo 2018, solicita acogerse al silencio administrativo, dando por agotado la vía administrativa (pudiendo advertirse que el administrado se ha acogido al silencio administrativo negativo); con tal motivo, y estando a que el silencio administrativo constituye una garantía de los ciudadanos frente a la falta de respuesta de la Administración a sus solicitudes; corresponde, en este estado, resolver la petición del administrado;

Que, es necesario señalar, aun cuando opere el silencio administrativo negativo, la Administración mantiene la obligación de resolver, bajo responsabilidad, hasta que se le notifique que el asunto ha sido sometido a conocimiento de una autoridad jurisdiccional o el administrado haya hecho uso de los recursos administrativos respectivos, conforme lo señala el artículo 197°, numeral 197.4 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 006-2017-JUS (en adelante TUO de la LPAG); Al respecto, el Dr. Juan Carlos Morón Urbina, en su Libro Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General<sup>17</sup>, señala: "(...) Los numerales 197.3, 197.4 y 197.5 están dedicados a explicitar los principales efectos del silencio administrativo respecto al administrado y a la autoridad administrativa. En principio, acontecido el silencio administrativo negativo no se acoge la ficción legal que hay un acto administrativo en algún sentido, sino solo se entiende que se ha facultado al peticionario a acogerse a él y trasladar la competencia para resolverlo a otra instancia superior. Para acogerse al silencio, el administrado simplemente interpone recurso administrativo o la demanda contencioso administrativo correspondiente sin necesidad de requerirse enviar a la autoridad instructora algún aviso previo de acogimiento. Por ello es que la autoridad administrativa puede emitir decisión hasta que no sea notificada con la demanda judicial, o se haya interpuesto el recurso administrativo correspondiente. Si la emitiese luego de notificada la demanda, el pronunciamiento carecerá de eficacia. Pero si el acto expreso se produjese antes de la notificación de la demanda, el demandante podrá solicitar –según sea el contenido favorable o no a su pedido- o bien la conclusión del proceso o incorporarla como objeto de proceso. El vencimiento del plazo de duración del procedimiento administrativo genera para el administrado el derecho de aplicar el silencio administrativo facultad que como tal bien puede no ser ejercida, pero en ningún caso inhabilita a la administración pública para emitir su pronunciamiento expreso, considerando de un lado que subsiste el deber de resolver la causa sometida a su conocimiento, y del otro, al ser simple el plazo de resolución, no acarrea caducidad de su facultad decisoria. (...)"; Para el caso de autos, mediante proveído N° 1071-2018-PPM/MPMN, se remite el informe N° 001-2018-FEFB-EL-MPMN, de fecha 27 de marzo de 2018, el informe N° 001-2018/MPMN, de fecha 27 de marzo de 2018, donde se tiene señalado: "(...) que efectuada la búsqueda y revisión de los expedientes judiciales asignados a mi cargo, le informo que no tengo ningún proceso laboral a nombre de Oswaldo Juan Yáñez Palomino. Sin embargo de efectuado la revisión del sistema de Consulta de Expedientes Judiciales, se tiene que existe un Expediente Judicial N° 00287-2018-JR-LA-01, a nombre de Oswaldo Juan Yáñez Palomino, que se encuentra en calificación por parte del Juzgado no habiéndose notificado aun a la Municipalidad Provincial Mariscal Nieto. Si bien es cierto conforme a la Consulta de Expedientes Judiciales, puede advertirse la existencia de un proceso judicial a nombre del administrado, empero, el mismo no habría sido aún notificado a la Municipalidad Provincial Mariscal Nieto, por encontrarse aún en la etapa de calificación, máxime si se desconoce la pretensión de la demanda, considerándose que la Municipalidad aún se encuentra en obligación de resolver el recurso de apelación formulado por el administrado. (Subrayado y negrita es agregado);

Que, es el caso, mediante Expediente N° 2298, de fecha 18 de enero de 2018, el administrado, interpone recurso de apelación en contra del acto administrativo<sup>18</sup> contenido en el Memorándum Múltiple N° 0018-2017-SPBS/GA/MPMN, de fecha 11 de diciembre de 2017, con efectividad al 31 de diciembre de 2017, por el cual supuestamente se le habría despedido del cargo como encargado de almacén de la Municipalidad Provincial Mariscal Nieto, señalando como hechos lo siguiente: "(...) *El suscrito ingresó a trabajar a la Municipalidad Provincial Mariscal Nieto, como encargado de Almacén, habiendo laborado desde el 01 de octubre de 2016 hasta 31 de diciembre 2017 en forma ininterrumpida, lo que acredito con las copias de mis boletas de pago, memorándums, cartas notariales, como se podrá apreciar el suscrito ha laborado más de 01 año, 03 meses, en el cargo antes mencionado que no es de confianza. El día 03 de enero de 2018 a horas 7:30am al asistir a mi centro de trabajo para realizar mis labores habituales no se me permitió el ingreso por lo que solicité una constatación policial donde el vigilante indicó que ya no trabajaba y que era por orden superior. Señor Alcalde, la Ley 24041, en su artículo 1° dispone que los servidores públicos contratados para labores de naturaleza permanente, que tengan más de un año ininterrumpido de servicios no pueden ser cesados ni destituido sino por las causales previstas en el capítulo V del Decreto Legislativo 276 y con sujeción al procedimiento establecido en el sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 15° de la misma ley. El artículo primero de*

<sup>16</sup> Decreto Legislativo N° 1272, publicado en el diario oficial El Peruano el pasado 21 de diciembre del 2016, por este Decreto se modifica la Ley N° 27444 y se deroga la Ley N° 29060 – Ley del Silencio Administrativo.

<sup>17</sup> Editorial Gaceta Jurídica, Décimo Segundo Edición, Octubre 2017, Tomo II, Página 97.

<sup>18</sup> El Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, en su artículo 1°, señala: "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". La Corte Suprema de Justicia de la República, en su CASACIÓN N° 1799-2010-LIMA, fundamentos octavo y noveno, ha señalado: Es acto administrativo, todo acto producido por la administración pública, que puede estar contenido en medios físicos materiales como documentos, cualquiera sea su nomenclatura o denominación, o en medios inmateriales, y, que los mismos son pasibles de ser impugnados.



MUNICIPALIDAD PROVINCIAL MARISCAL NIETO

LEY ORGÁNICA N° 27972 DEL 26-05-2003

LEY N° 8230 DEL 03-04-1936

la Ley 24041 se encuentra sustentado en el principio de protección al trabajador, que la constitución ha consagrado en su artículo 26°, inciso 3, así como en el principio de primacía de la realidad, según el cual en el caso de existir discordia entre los hechos y los documentos, debe otorgarse preferencia a lo que sucede y se aprecia en los hechos. Señor Alcalde, los hechos demuestran que el recurrente ha laborado por más de un año en forma ininterrumpida en labores de naturaleza permanente; no habiendo sido destituido por alguna de las causales previstas en el Capítulo V del Decreto Legislativo 276; pese a que en las boletas de pago se indique que presté servicios para obra y proyectos de inversión, con la sola finalidad de excluirme de la protección de la Ley, es evidente que no fue así, ya que mis labores corresponden al de encargado de almacén labor que pertenece al organigrama funcional de la municipalidad, como mi empleador lo ha señalado, ha afectado mi pago a proyectos de inversión, construcción y mejoramiento de pistas y veredas, mejoramiento del tránsito vehicular y peatonal, lo cual constituye delito de malversación de fondos en tanto el recurrente no labora en los proyectos de inversión de lo contrario, es facultad de la Municipalidad la afectación a la fuente de financiamiento, para pagar la remuneración de mis labores, lo que no me sustrae de los alcances de protección de la Ley 24041. Como se podrá concluir, el suscrito al haber adquirido la protección del artículo 1° de la Ley 24041, al superar el año de labores y desempeñarme en labores permanentes no podría ser cesado ni destituido, sino por las causales previstas en el Capítulo V del Decreto Legislativo 276 y con sujeción al procedimiento establecido, al haber sido despedido sin observar la referida disposición se han vulnerado mis derechos al trabajo y al debido proceso. Por los fundamentos expuestos, solicito a usted, se sirva reconsiderar el despido incausado del que he sido objeto y se ordene la restitución de la relación laboral (...). (Subrayado y negrita es agregado);

**Sobre el régimen laboral aplicable al administrado.**

Que, la Ley Orgánica de Municipalidades N° 27972, vigente desde el 27 de mayo del 2003, ha establecido en su artículo 37°: "Los funcionarios y empleados de las municipalidades se sujetan al régimen laboral general aplicable a la administración pública, conforme a ley (...)". En cuanto a la contratación de personal para realizar funciones de carácter temporal o accidental. El Decreto Legislativo N° 276, en su artículo 2° y 15°, señala: "Artículo 2.- No están comprendidos en la Carrera Administrativa los servidores públicos contratados ni los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza, pero sí en las disposiciones de la presente Ley en lo que les sea aplicable". "Artículo 15.- La contratación de un servidor para realizar labores administrativas de naturaleza permanente no puede renovarse por más de tres años consecutivos. (...)". (Subrayado y negrita es agregado);

Que, es pertinente señalar que el Decreto Legislativo N° 276, prevé la existencia de dos tipos de servidores: los nombrados y los contratados. Mientras los primeros servidores civiles se encuentran comprendidos en la Carrera Administrativa y se sujetan a las normas que la regulan, los segundos no forman parte de dicha carrera sino que se vinculan a la administración pública para prestar el servicio objeto de la contratación. (Subrayado es agregado);

Que, en el caso de autos, mediante informe N° 0044-2018-SSQZ-AC-SPBS/GA/GM/MPMN, de fecha 01 de marzo de 2018, (fojas 22) el área de contratos de la Sub Gerencia de Personal y Bienestar Social de la Municipalidad Provincial Mariscal Nieto, ha señalado: "(...) de la revisión del reporte de planillas se desprende que don Oswaldo Juan Yáñez Palomino, ha laborado en la Municipalidad Provincial Mariscal Nieto, desempeñándose en el cargo de Encargado de Almacén, bajo el régimen laboral público regulado por el Decreto Legislativo N° 276 y su reglamento aprobado con Decreto Supremo N° 005-90-PCM, percibiendo sus remuneraciones por diferentes proyectos de inversión pública. (...)", además, conforme al cuadro de record laboral del señor Oswaldo Juan Yáñez Palomino (fojas 20-21), las boletas de pago (fojas 05-13), puede válidamente sostenerse, que el administrado ha laborado en la Municipalidad Provincial Mariscal Nieto, bajo el régimen laboral público regulado por el Decreto Legislativo N° 276, en consecuencia, el régimen laboral aplicable al administrado es el del régimen laboral público regulado por el Decreto Legislativo N° 276. (Subrayado es agregado);

**Sobre los alcances de la Ley N° 24041.**

Que, no obstante, luego de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 276, fue promulgada la Ley N° 24041, que en su artículo 1° y 2°, ha establecido: "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"; norma de la que se establece deben existir dos requisitos a efecto que un servidor público no pueda ser cesado, sino a través de un proceso disciplinario: a) Que realice labores de naturaleza permanente; b) Que tenga más de un año ininterrumpido de servicios. Sin embargo, dicha norma establece excepciones en su artículo dos. "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". Es decir, en estos casos no resulta de aplicación el artículo 1° de la norma antes citada. (Subrayado es agregado);

Que, al respecto la Casación N° 7024-2008, emitida el 28 de octubre del 2010 por la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en su considerando sexto señala: "El artículo 1 de la Ley N° 24041, básicamente determina dos requisitos para su aplicación, esto es: i) que la parte trabajadora haya realizado labores de naturaleza permanente y, ii) que dichas labores se hayan desarrollado o efectuado por más de un año ininterrumpido, antes de la fecha del cese de labores. Asimismo, resulta necesario enfatizar que la citada norma legal no tiene como objetivo incorporar a los servidores públicos



**MUNICIPALIDAD PROVINCIAL MARISCAL NIETO**  
LEY ORGÁNICA N° 27972 DEL 26-05-2003  
LEY N° 8230 DEL 03-04-1936

a la carrera administrativa, sino únicamente a protegerlo contra el despido arbitrario que pudiera sufrir, dada la acreditación de haber realizado labores de naturaleza permanente y por espacio mayor a un año ininterrumpido de servicios, por lo que sólo puede ser cesado o destituido previo proceso administrativo”. Lo expuesto evidencia que para solicitar la aplicación de la Ley N° 24041, el administrado deberá acreditar además de los requisitos citados en los literales i) y ii), haber sido despedido arbitrariamente, puesto que sólo podrá ser cesado o destituido previo proceso administrativo, ello debido a que la Ley N° 24041 establece, en esencia un sistema de protección contra el despido para los trabajadores contratados por la administración pública, que vengan laborando más de un año y realizando labores de carácter permanente. Decimos que es un sistema de protección contra el despido en la medida que no puede despedirse a un trabajador comprendido en su ámbito de aplicación, a menos que medie un debido proceso administrativo disciplinario en el marco de lo establecido en el Decreto Legislativo N° 276 y el Decreto Supremo N° 005-90-PCM, lo que equivale a decir que no puede despedirse a dicho personal si no existe una causa de despido y previo el debido proceso que garantice una clara y precisa imputación de una falta laboral, un plazo razonable para la defensa correspondiente y que la decisión sancionatoria esté impuesta por las instancias facultadas legalmente para ello, debiendo ser razonable y proporcional a la gravedad de la falta, así como debidamente fundamentada para evitar la arbitrariedad de la medida;

**Respecto al carácter permanente de las labores desempeñadas por el administrado.**

Que, respecto al carácter permanente de las labores desempeñadas por el administrado, el Tribunal Constitucional en la Sentencia emitida en el Expediente N° 0016-2010-PA/TC, en su Fundamento sexto señala: “(...) toda relación laboral o contrato de trabajo se configura al concurrir y comprobarse la existencia de tres elementos esenciales: (i) la prestación personal por parte del trabajador; (ii) la remuneración y (iii) la subordinación frente al empleador; siendo este último el elemento determinante, característico y diferenciador del contrato de trabajo frente al contrato de locación de servicios”. Debiéndose tener presente que en materia laboral se impone la función tuitiva por parte del Estado a favor de los derechos de los trabajadores, que permite la existencia de principios como el de la Primacía de la Realidad que propugna que en caso de discordia entre lo que ocurre en la realidad y lo que aparece de los documentos, debe preferirse lo que sucede y se aprecia del terreno de los hechos;

Que, mediante informe N° 0044-2018-SSQZ-AC-SPBS/GA/GM/MPMN, de fecha 01 de marzo de 2018, (fojas 22) del área de contratos de la Sub Gerencia de Personal y Bienestar Social de la Municipalidad Provincial Mariscal Nieto, se tiene señalado que: “(...) de la revisión del reporte de planillas se desprende que don Oswaldo Juan Yáñez Palomino, ha laborado en la Municipalidad Provincial Mariscal Nieto, desempeñándose en el cargo de Encargado de Almacén, bajo el régimen laboral público regulado por el Decreto Legislativo N° 276 y su reglamento aprobado con Decreto Supremo N° 005-90-PCM, percibiendo sus remuneraciones por diferentes proyectos de inversión pública. Es preciso indicar que el recurrente no ha ingresado a laborar a la Entidad edil mediante concurso público, no habiendo ocupado durante el desempeño de sus labores ninguna plaza institucional, asimismo es necesario indicar que de conformidad de los documentos de gestión institucional (MOF y ROF), no existe el cargo de Encargado de Almacén contemplando en la Gerencia de Administración. (Subrayado es agregado);

Que, mediante Memorandum N° 1102-2016-SPBS/GA/GM/MPMN, el Sub Gerente de Personal y Bienestar Social de la Municipalidad Provincial Mariscal Nieto, hace de conocimiento a la Sub Gerencia de Logística y Servicios Generales de la Municipalidad Provincial Mariscal Nieto, para que la persona de Oswaldo Juan Yáñez Palomino, labore en la dependencia de la Sub Gerencia de Logística y Servicios Generales, en el cargo de Jefe de la Oficina de Almacén Central, además, conforme el cuadro de record laboral del señor Oswaldo Juan Yáñez Palomino (fojas 20-21), las boletas de pago (fojas 05-13), puede desprenderse que el administrado ha laborado como Encargado de Almacén, si bien es cierto, que en el informe N° 0044-2018-SSQZ-AC-SPBS/GA/GM/MPMN, se ha señalado que: “(...) asimismo es necesario indicar que de conformidad de los documentos de gestión institucional (MOF y ROF), no existe el cargo de Encargado de Almacén contemplado en la Gerencia de Administración(...)”, no obstante, que si bien es cierto la denominación de Encargado de Almacén y/o Jefe de la Oficina de Almacén Central, no se advierte que esté expresamente establecido en los documentos de gestión como es el Manual de Organización de Funciones y el Reglamento de Organización de Funciones, pero también es cierto que el Manual de Organización de Funciones (MOF) aprobado mediante Resolución de Alcaldía N° 00379-2009-A/MPMN, de fecha 08 de abril del 2009<sup>19</sup>, se ha identificado como Cargo: Técnico Administrativo I (Almacén), ubicándolo dicho cargo en la Sub Gerencia de Logística y Servicios Generales, con funciones específicas establecidas en el documento de gestión en mención, mismos que hacen presumir meridianamente que el administrado habría desarrollado labores propias de Almacén, mismo que tendría la connotación de labores de naturaleza permanente. (Subrayado es agregado);

**Respecto a las labores efectuado por más de un año ininterrumpido.**

Que, mediante Informe N° 0044-2018-SSQZ-AC-SPBS/GA/GM/MPMN, de fecha 01 de marzo de 2018, (fojas 22) del área de contratos de la Sub Gerencia de Personal y Bienestar Social de la Municipalidad Provincial Mariscal Nieto, se tiene señalado que: “(...) de la revisión del reporte de planillas se desprende que don Oswaldo Juan Yáñez Palomino, ha laborado en la Municipalidad Provincial Mariscal Nieto, desempeñándose en el cargo de Encargado de Almacén, bajo el régimen laboral público regulado por el Decreto Legislativo N° 276 y su reglamento aprobado con Decreto Supremo N° 005-90-PCM, percibiendo sus remuneraciones por diferentes proyectos de inversión pública. (...)”, Empero, no se ha señalado el periodo en el que habría laborado el administrado. No obstante, conforme al cuadro de record laboral del señor Oswaldo Juan Yáñez Palomino (fojas 20-21), las boletas de pago (fojas 05-13), y

<sup>19</sup> Fuente: Portal Institucional [www.munimoquegua.gob.pe](http://www.munimoquegua.gob.pe), de la Municipalidad Provincial Mariscal Nieto – Moquegua.



MUNICIPALIDAD PROVINCIAL MARISCAL NIETO  
LEY ORGÁNICA N° 27972 DEL 26-05-2003  
LEY N° 8230 DEL 03-04-1936

conforme al señalado por el administrado en su recurso de apelación (fundamento de hecho 1), se tiene que el administrado habría laborado en la Municipalidad Provincial Mariscal Nieto, en el periodo comprendido entre 01 de octubre de 2016 al 31 de diciembre de 2017, no advirtiéndose que haya existido interrupciones, por tanto el administrado habría laborado para la Municipalidad Provincial Mariscal Nieto, por más de un año ininterrumpido;



**Respecto a que 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, y el derecho a su reposición en el centro de trabajo, de ser el caso.**

Que, en el caso de autos, el administrado viene impugnado el Memorandum Múltiple N° 0018-2017-SPBS/GA/GM/MPMN, de fecha 11 de diciembre de 2017, con efectividad al 31 de diciembre de 2017, documento mediante el cual según el administrado se le habría despedido del cargo como Encargado de Almacén de la Municipalidad Provincial Mariscal Nieto; Al respecto, en principio el Memorandum Múltiple N° 0018-2017-SPBS/GA/GM/MPMN, de fecha 11 de diciembre de 2017, señala expresamente el siguiente: "(...) en el presente mes de diciembre, por cierre del ejercicio presupuestal, las labores del personal contratado bajo las diferentes modalidades (D. Leg. 276, 728, 1057, así como prestación de servicios por terceros), concluirán el 23 de Diciembre del presente año, la semana posterior a esta fecha será utilizada para realizar paralelamente las funciones propias del cargo y las entregas de cargo respectivas, las cuales tendrán como fecha máxima de presentación a esta Sub Gerencia (entrega de cargos), hasta el 29 de diciembre del presente año, siendo esto así, en el mes de enero de 2018, no se permitirá el ingreso de ningún personal contratado bajo ningún motivo bajo responsabilidad de su Gerencia o Sub Gerencia según corresponda, cuyo incumplimiento acarrea sanción administrativa prevista en el MOF y Código de Ética de la Función Pública. (...)". Además, del documento en referencia, no se advierte que expresamente esté dirigido al administrado, por cuanto no contiene el nombre del administrado, ni el cargo que habría ocupado el administrado, por consiguiente, no podría sostenerse válidamente que el administrado habría sido despedido mediante el Memorandum Múltiple N° 0018-2017-SPBS/GA/GM/MPMN, de fecha 11 de diciembre de 2017, máximo si dicho documento habría sido sólo para la entrega de cargos, con motivo de cierre del ejercicio presupuestal;



Que, no obstante, del informe N° 097-2018-SSQZ-AC-SPBS/GA/GM/MPMN, de fecha 22 de marzo de 2018, del área de contratos de la Sub Gerencia de Personal y Bienestar Social, el administrado se habría desempeñado en el cargo de jefe de almacén central hasta el 31 de diciembre de 2017, mismo que estaría corroborado con el récord laboral del administrado, y estando a la copia simple del Acta de Constatación Policial, que fuera ofrecida como medio probatorio del recurso de apelación del administrado, se tiene señalado haberse entregado una carta notarial para que entregue el cargo, por haberse cumplido su contrato hasta el 31 de diciembre de 2017, por falta de presupuesto; En buena cuenta, puede advertirse que respecto del administrado habría fenecido su vínculo laboral al 31 de diciembre 2017;



Que, respecto a que no puede 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, y el derecho a la reposición en el centro de trabajo, de ser el caso; De autos no se advierte la existencia de un proceso administrativo disciplinario mediante el cual se le habría despedido y/o cesado al administrado, por cuanto, como se ha señalado en líneas arriba de la presente, el administrado habría laborado en labores naturaleza permanente y por más de un año ininterrumpido, por consiguiente, habría adquirido la protección contra el despido arbitrario que reconoce el artículo 1° de la Ley N° 24041. No obstante;

**La reposición laboral no forma parte del contenido protegido del derecho al trabajo; Posición establecida por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 01647-2013-PA/TC.**

Que, el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 01647-2013-PA/TC, en su fundamento 4, 6, 7, ha señalado: "El artículo 27 de la Constitución Política del Perú de 1993 dispone: "la ley otorga adecuada protección contra el despido arbitrario". En ese sentido, encarga a la ley definir lo que debe entenderse como adecuada protección contra el despido, arbitrario. Sin embargo, también establece un parámetro para la definición que esta debe realizar". "Para identificar dicho parámetro, la norma constitucional debe ser puesta en contexto. El artículo 48 de la Constitución de 1979 señalaba lo siguiente: "El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador solo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley y debidamente comprobada". "Existe un cambio de criterio entre una Constitución y otra. La Constitución de 1993 suprimió la frase derecho de estabilidad en el trabajo; además, decidió no mencionar que las únicas causas de despido son las previstas expresamente en la ley. Este Tribunal Constitucional considera que, a través de estas supresiones, la Constitución dejó de amparar un régimen de estabilidad laboral absoluta y determinó que la reposición no es un mecanismo adecuado de protección contra el despido arbitrario". (Subrayado y negrita es agregado);

**Respecto de la reposición laboral en los tratados internacionales suscritos por el Perú.**

Que, el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 01647-2013-PA/TC, en su fundamento 14, 15, 16 y 17, ha señalado: "Conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, las disposiciones constitucionales deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales vigentes ratificados por el Perú en materia de derechos fundamentales". "Por tanto, para entender cuáles son los mecanismos idóneos para otorgar al trabajador una protección adecuada contra el despido arbitrario, es necesario remitirse al Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -conocido como Protocolo de San Salvador- en cuyo artículo 7, inciso d, se dispone que los Estados deben garantizar lo siguiente en sus legislaciones nacionales: "la estabilidad de los trabajadores en sus empleos de acuerdo con las características de las



MUNICIPALIDAD PROVINCIAL MARISCAL NIETO  
LEY ORGÁNICA N° 27972 DEL 26-05-2003  
LEY N° 8230 DEL 03-04-1936

industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional (...). "Asimismo, resulta pertinente recordar que el artículo 10° del Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) establece lo siguiente: "Si los organismos mencionados en el artículo 8° del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada". Como puede advertirse, lejos de considerar a la reposición como un remedio indispensable, los instrumentos internacionales comentados reconocen que ésta puede ser válidamente sustituida por el pago de una indemnización sin que ello implique desproteger al trabajador frente al despido arbitrario. De ahí que, en vez de prescribir un régimen de estabilidad laboral absoluta, las disposiciones bajo análisis legitiman y respaldan lo establecido en el artículo 27° de la Constitución Política del Perú. (Subrayado es agregado);



**Respecto del acceso al empleo público en la administración pública, tiene como principio consustancial el principio de mérito (concurso público de méritos y abierto).**

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, 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 Política del Perú, 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 reconoce el derecho de acceso a la función pública en igualdad de condiciones. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su 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: "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;

#### **Contenido o ámbito de protección.**

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. (Subrayado es agregado);

#### **Las condiciones iguales de acceso.**

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, en resumen, 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 (concurso público); Asimismo, que toda actuación de la administración del Estado y





MUNICIPALIDAD PROVINCIAL MARISCAL NIETO  
LEY ORGÁNICA N° 27972 DEL 26-05-2003  
LEY N° 8230 DEL 03-04-1936

de toda Entidad pública en general, observe tal principio en todos sus actos en relación al acceso a la función pública de las personas. (Subrayado y negrita es agregado);

**Sobre la obligatoriedad del concurso público de méritos para el acceso al empleo público. Los trabajadores contratados bajo el Decreto Legislativo N° 276, para labores de naturaleza permanente, el ingreso es por concurso público bajo sanción de nulidad.**

Que, estando al bloque constitucional de normas, que conforman parte de ella: La Ley N° 28175, Ley Marco de Empleo Público, Ley N° 24241, Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento del Decreto Legislativo N° 276. La Ley Marco de Empleo Público, Ley N° 28175, 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° ha establecido: "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". La Ley N° 24241, en su artículo 1°, ha señalado: "Los cargos y plazas en la administración pública así como las promociones de categoría o funciones serán cubiertas por concurso de méritos". En este sentido el Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento del Decreto Legislativo N° 276, en su artículo 28°, establece: "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. Por consiguiente, para ser trabajador contratado para labores de naturaleza permanente, se exige necesaria e imperativamente, bajo causal de nulidad, que el ingreso haya sido por concurso público. (Subrayado y negrita es agregado);

Que, es importante resaltar la sentencia vinculante expedida por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 00002-2010-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. (Subrayado y negrita es agregado);

Que, en esa perspectiva, el Tribunal Constitucional ha establecido el Precedente Vinculante en la STC N° 05057-2013-PA/TC (Precedente vinculante Beatriz Huatuco Huatuco) que si bien es cierto, que su aplicación no alcanzaría para aquellos trabajadores que solicitan su reincorporación y/o reposición en el centro de trabajo en amparo de la Ley N° 24041, empero está claro que como precedente vinculante se ha establecido que el ingreso a la administración pública es mediante Concurso Público De Méritos Y Abierto;

**Sobre la obligatoriedad del concurso público de méritos para el acceso al servicio civil, establecida en el Informe Técnico N° 176-2017-SERVIR/GPGSC.**

Que, la Autoridad Nacional del Servicio Civil, en su Informe Técnico N° 176-2017-SERVIR/GPSC, en su fundamento 2.7, 2.8 y 2.9, ha establecido: "2.7 Al respecto, el artículo 28 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 276 -aprobado por Decreto Supremo N° 005-90-PCM- establece que el acceso a la Administración Pública en la condición de contratado para labores de naturaleza permanente se efectúa obligatoriamente mediante concurso, sancionando con nulidad cualquier acto administrativo que contravenga dicha disposición". "2.8 Similar posición se fue establecida en el Capítulo III de la Ley N° 28175- Ley Marco del Empleo Público, la cual en su artículo 5 condiciona el acceso al servicio civil a la aprobación del respectivo concurso público de méritos, cuyo procedimiento de selección se inicia con la convocatoria que realiza la entidad y culmina con la resolución correspondiente y la suscripción del contrato. De igual modo, el artículo 9 de la Ley N° 28175 determina que la omisión del concurso público (regla de acceso) vulnera el interés general y, consecuentemente, impide la existencia de una relación laboral válida". "2.9 En tal sentido, queda claro que para acceder al servicio civil como contratado bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 276 necesariamente la entidad debe convocar a un concurso público de méritos cuyo/a ganador/a será quien podrá suscribir el contrato. Caso contrario, en mérito a lo dispuesto por el artículo 9 de la Ley N° 28175, la contratación que no siga dicha regla de acceso debe ser declarada nula y, en consecuencia, no podrá acogerse al beneficio establecido por la Ley N° 24041. (Subrayado y negrita es agregado);

Que, ahora bien, cabe indicar que de manera general, e independientemente del régimen laboral aplicable; 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 en la Administración Pública, así como las promociones de categorías o funciones, serán cubiertos por concurso de méritos (Ley N° 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, 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, en el artículo 28° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 276, Decreto Supremo 005-90-PCM, establece, en su artículo 28°, que el ingreso a la Administración Pública en la condición de servidor contratado para labores de naturaleza permanente se efectúa



MUNICIPALIDAD PROVINCIAL MARISCAL NIETO  
LEY ORGÁNICA N° 27972 DEL 26-05-2003  
LEY N° 8230 DEL 03-04-1936

**obligatoriamente mediante concurso; Es nulo todo acto administrativo que contravenga la presente disposición.** (Subrayado y negrita es agregado);

Que, no obstante, de autos no se aprecia que el acceso del administrado al empleo público es decir a la Municipalidad Provincial Mariscal Nieto, haya sido resultado del correspondiente concurso público de méritos y oposición, como manda la Ley, en consecuencia, no pudiéndose acogerse al beneficio establecido por la Ley N° 24041, el administrado; por lo que su ingreso al empleo público podría calificarse como irregular, y sería anulable. Se sugiere, sólo en caso que corresponda, de declararse la nulidad del irregular ingreso del señor Oswaldo Juan Yáñez Palomino, al empleo público – a la Municipalidad Provincial Mariscal Nieto, mismo que correspondería enmarcarse conforme al establecido en el artículo 211° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General;

Que, el numeral 226.2 del artículo 226° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, señala: "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 (...);". Por consiguiente, estando, que en el presentes caso, se resuelve recurso de apelación en última instancia administrativa, corresponde dar por agotada la vía administrativa;

Que, la Gerencia de Asesoría Jurídica, mediante Informe Legal N° 186-2018/GAJ/MPMN, de fecha 02 de abril de 2018, es de opinión, que se declare infundado el recurso de apelación formulado por Oswaldo Juan Yáñez Palomino, en contra del Memorandum Múltiple N° 0018-2017-SPBS/GA/MPMN, de fecha 11 de diciembre de 2017, dar por agotado la vía administrativa, señalando además, que se sugiere sólo en caso que corresponda declararse la nulidad del irregular ingreso al empleo público – a la Municipalidad Provincial Mariscal Nieto, del señor Oswaldo Juan Yáñez Palomino, mismo correspondería enmarcarse conforme al establecido en el artículo 211° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General;

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 83° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, y conforme a lo dispuesto en el numeral 6) del artículo primero de la Resolución de Alcaldía N° 00682-2017-A/MPMN, de fecha 30 de noviembre del 2017, sobre delegación de facultades a la Gerencia Municipal, para resolver en última instancia administrativa los asuntos resuelto por las demás Gerencias y contando con las visaciones correspondientes;

**SE RESUELVE:**

**ARTÍCULO PRIMERO.- DECLARAR INFUNDADO**, el recurso de apelación interpuesto por **OSWALDO JUAN YÁÑEZ PALOMINO**, en contra del Memorandum Múltiple N° 0018-2017-SPBS/GA/MPMN, de fecha 11 de diciembre de 2017, por las consideraciones expuestas en la presente.

**ARTÍCULO SEGUNDO.- DAR por AGOTADO LA VÍA ADMINISTRATIVA**, en aplicación del artículo 226° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

**ARTÍCULO TERCERO.- NOTIFÍQUESE**, al administrado **OSWALDO JUAN YÁÑEZ PALOMINO**, en el domicilio que corresponda, conforme al previsto en 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

.....  
*Econ. Sila Roxana Jauregui Bruna*  
GERENTE MUNICIPAL