

OSTE

"AÑO DEL DIÁLOGO Y LA RECONCILIACIÓN NACIONAL"



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

RESOLUCIÓN DE GERENCIA MUNICIPAL

N° 271-2018-GM/MPMN

Moquegua, 18 JUL. 2018

VISTO:

El Informe Legal N°503-2018/GAJ/MPMN, de fecha 17 de julio de 2018, Informe N° 753-2018-SGPBS-GA/MPMN, de fecha 05 de julio de 2018, el recurso de apelación signado con Expediente N° 018137, de fecha 05 de junio de 2018, interpuesto por Oscar Jaime Tudela Piza, Resolución de Sub Gerencia N° 028-2018-SGPBS-GA/MPMN, de fecha 16 de mayo de 2018, Informe N° 051-2018-AE-SGPBS-GA-GM/MPMN, de fecha 07 de mayo de 2018, solicitud contenida en el Expediente N° 009960, de 19 de marzo de 2018, Expediente Administrativo y demás actuados, y;

CONSIDERANDO:

Que, la Constitución Política del Perú, en su artículo 194¹ 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, (...)";

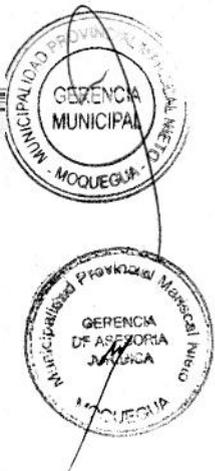
Que, el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en su Artículo IV del Título Preliminar, numeral 1.1 y 1.2, señala: "1.1. Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén 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, 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

¹ Reformado mediante Ley N° 30305.



"AÑO DEL DIÁLOGO Y LA RECONCILIACIÓN NACIONAL"



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, el 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), en su artículo 215°, numeral 215.1, señala: "Conforme a lo señalado en el artículo 118, frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce o 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 216°, numeral 216.1 y 216.2, señala: "216.1. Los recursos administrativos son: a) Recurso de reconsideración, b) Recurso de apelación. (...)". "216.2. El término para la interposición de los recursos es de quince (15) días perentorios, y deberán resolverse en el plazo de treinta (30) días"; La Resolución de Sub Gerencia N° 028-2018-SGPBS/GA/MPMN, de fecha 16 de mayo de 2018, habría sido notificado al señor Oscar Jaime Tudela Piza (en adelante el administrado) en fecha 16 de mayo de 2018, conforme se advierte de la constancia de notificación que obra en la parte posterior de la resolución (fojas 79 del expediente); y, estando a que el administrado mediante Expediente N° 018137, de fecha 05 de junio de 2018, interpone el recurso de apelación², en contra de la Resolución de Sub Gerencia N° 028-2018-SGPBS/GA/MPMN, de fecha 16 de mayo de 2018; por lo que, el recurso impugnatorio se habría interpuesto dentro del plazo que señala el artículo 216° del TUO de la LPAG, correspondiendo pronunciarnos respecto a los extremos impugnados;

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."³ Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estima que el debido proceso resulta aplicable en la vía administrativa a efectos de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos⁴, 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 administrativo⁵. Este Tribunal refiere que el fundamento principal por el cual el debido proceso resulta

² Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Artículo 218.- El recurso de apelación se interpondrá cuanto 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.

³ Corte IDH. Caso Tribunal Constitucional vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de enero de 2001. párrafo 71.

⁴ 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.

⁵ Sentencia del 14 de noviembre de 2005, recaída en el Expediente N° 03741-2004-AA/TC, fundamento jurídico 18.



"AÑO DEL DIÁLOGO Y LA RECONCILIACIÓN NACIONAL"



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

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."⁶ 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 competencia⁷. 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 dignidad⁸;

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 administrados⁹. 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 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)¹⁰. 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 decisión¹¹. 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 estas¹². Asimismo, el Tribunal Constitucional refiere que esta garantía implica que exista congruencia entre lo pedido y lo resuelto¹³. 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 discrecional¹⁴. En relación a la motivación de los actos discrecionales, el Tribunal Constitucional refiere que estos no pueden justificarse en la

⁶ Sentencia de 7 de agosto de 2008, recaída en el Expediente N° 8495-2006-PA/TC, fundamento jurídico 33.

⁷ AGUILAR CARDOSO, Luis Enrique. El derecho humano al debido procedimiento administrativo en la gestión migratoria. Lima: Comisión Andina de Juristas, 2010, p. 17.

⁸ DE OTTO, Ignacio. Derecho Constitucional y Sistema de Fuentes. Barcelona: Editorial Ariel, 1998, p. 69.

⁹ 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.

¹⁰ CORTEZ TATAJE, Juan Carlos. Óp. cit., p. 188

¹¹ LANDA ARROYO, César. Óp. cit., p. 451.

¹² Corte IDH, Caso Yatama vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005, párr. 153.

¹³ Sentencia del 14 de noviembre de 2005, recaída en el Expediente N° 8605-2005-AA/TC, fundamento jurídico 23.

¹⁴ Sentencia del 18 de febrero de 2005, recaída en el Expediente N° 0091-2005-PA/TC, fundamento jurídico 9.



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

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"¹⁵. 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 administrativo¹⁶;

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, el administrado señala como argumentos de su recurso de apelación, entre otros aspectos, "(...) Que, conforme fluye de autos y del anexo que se acompaña a este recurso, con fecha 19 de marzo de 2018, el recurrente presentó su petición administrativa a través del Expediente N° 009960, con el propósito de que se le reconozca su condición de servidor público contratado permanente, por encontrarse bajo los alcances de y protección del artículo 1° de la Ley N° 24041. Que la petición administrativa se ha señalado medularmente que el recurrente en base a la información y documentación que obra en la Sub Gerencia de Recursos Humanos y en su file y legajo de personal, viene laborando en forma continua e ininterrumpida en la Municipalidad Provincial Mariscal Nieto desde el 01 de enero de 2003; siendo contratado primigeniamente como encargado de Tesorería, Técnico Administrativo ante la Sub Gerencia de Contabilidad, Asistente Administrativo ante la Gerencia Municipal, Encargado de Almacén, Asistente Administrativo ante la Sub Gerencia de Transportes y Seguridad Vial, entre otros cargos y actualmente viene desempeñándose como Asistente Administrativo del Área de Control Patrimonial de la Gerencia de Administración, siempre en planillas sujeto al Régimen Laboral de la Actividad Pública, regulado por el Decreto Legislativo N° 276 y su Reglamento el Decreto Supremo N° 005-90-PCM, respectivamente. Y que por tal razón le corresponde que al amparo del artículo 1° de la Ley N° 24041 se le reconozca su condición de servidor público contratado estable o permanente, por encontrarse en los presupuestos legales de la glosada norma legal. Que para la estimación de la petición administrativa formulada en autos, bajo el marco legal antes señalado artículo 1° de la Ley N° 24041 se ha precisado que no se requiere haber ingresado a la Municipalidad por concurso público de méritos, en razón de que no se pretende con la petición administrativa el ingresar a la carrera administrativa, sino más bien tener el reconocimiento formal mediante un acto administrativo de la estabilidad laboral o permanencia en el trabajo, que es una situación totalmente diferente. (...) cuando en el mismo escrito de petición administrativa se ha precisado que para la estimación de lo solicitado en autos no se requiere acreditar haber ingresado por concurso público, en razón de que el artículo 1° de la Ley N° 24041, contempla un régimen especial de contratación bajo el marco del régimen laboral de la actividad pública, regulado por el Decreto Legislativo N° 276, en cuyos presupuestos legales no se exige el ingresar por concurso público de méritos y ocupar una plaza vacante y presupuestada, en el régimen laboral antes señalado para que se declare procedente la petición administrativa del recurrente. (...);

Sobre el régimen laboral aplicable al administrado.

Que, de autos se tiene que el administrado sostiene como pretensión se le reconozca como servidor público contratado permanente y/o estable, bajo los alcances y protección del artículo 1° de la Ley N° 24041, sujeto al Régimen Laboral Público regulado por el Decreto Legislativo N° 276 y su Reglamento el Decreto Supremo N° 005-90-PCM. Al respecto, de autos se advierte que mediante informe N° 051-2018-AE-SGPBS-GA-GM/MPMN, de fecha 07 de mayo de 2018, del Área de Escalafón de la Sub Gerencia de Personal y Bienestar Social, se tiene señalado que el servidor Oscar Jaime Tudela Piza, viene laborando en la actualidad en la Municipalidad en calidad de empleado contratado, como Asistente Administrativo, laborando en la oficina de Control Patrimonial, teniendo como fecha de ingreso el 02 de enero del 2003 y a la fecha continúa laborando. (...), por otro lado, de autos se tiene la Constancia de Vínculo Laboral N° 016-2018-SPBS/GA/MPMN, de fecha 19 de enero de 2018, expedido por el Sub Gerente de Personal y Bienestar Social a favor del administrado,

¹⁵ Sentencia del 7 de agosto de 2008, recaída en el Expediente N° 8495-2006-PA/TC, fundamento jurídico 40.

¹⁶ Sentencia del 25 de mayo de 2006, recaída en el Expediente N° 294-2005-PA/TC, fundamento jurídico 4.



“AÑO DEL DIÁLOGO Y LA RECONCILIACIÓN NACIONAL”



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

donde se tiene constado que viene laborando a la fecha como personal contratado permanente en el cargo de asistente administrativo en la unidad orgánica de la Gerencia de Administración – Área de Control Patrimonial de la Municipalidad Provincial Mariscal Nieto desde 01 de enero del año 2003 a la fecha. (Subrayado y negrita es agregado);

Que, ahora bien 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 (...)”. (Subrayado y negrita es agregado);

Que, en cuanto a la contratación de personal para realizar funciones de carácter temporal o accidental y de naturaleza permanente. 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. Vencido este plazo, el servidor que haya venido desempeñando tales labores podrá ingresar a la Carrera Administrativa, previa evaluación favorable y siempre que exista la plaza vacante, reconociéndosele el tiempo de servicios prestados como contratado para todos sus efectos. (...)”. El Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento del Decreto Legislativo N° 276, en su artículo 28° y 39° señala: “Artículo 28.- 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. (...)”, “Artículo 39.- La contratación de un servidor para labores de naturaleza permanente será excepcional; procederá sólo en caso de máxima necesidad debidamente fundamentada por la autoridad competente. El contrato y sus posteriores renovaciones no podrán exceder de tres (3) años consecutivos”. 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 y negrita es agregado);

Sobre los alcances de la Ley N° 24041.

Que, la Ley N° 24041 en su artículo 1° señala: “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”. De lo señalado por la ley en mención, se entiende que se otorga a los servidores contratados para labores de naturaleza permanente bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 276, y que tengan más de un (01) año ininterrumpido de servicios, una determinada estabilidad laboral, no pudiendo ser cesado o destituido si incurrir en la comisión de falta grave tipificada en la Ley, previo procedimiento administrativo disciplinario, cabe destacar que lo antes señalado, no implica que el servidor contratado con más de un año ininterrumpido de servicios goce de los mismos derechos de un servidor de carrera, o que haya obtenido el derecho al nombramiento (ingreso a carrera administrativa), toda vez que el mismo supone el cumplimiento de ciertos requisitos esenciales relativos al nombramiento. En consecuencia, la Ley N° 24041 solo brinda al servidor contratado para los labores de naturaleza permanente y que haya prestado en forma ininterrumpida de un año de servicios, una determinada protección contra la decisión unilateral de la entidad de desvinculación por razones subjetivas, pero de ningún modo lo incorpora a la carrera administrativa ni lo equipara con los servidores nombrados¹⁷. (Subrayado y negrita es agregado),

Que, en la Casación N°4161-2010 Cusco, publicada 14 de noviembre 2014, señaló: “(...) Para la aplicación de los beneficios de la Ley N° 24041 se requieren dos requisitos: a) que el demandante haya realizado labores de naturaleza permanente; y b) que las mismas se hayan efectuado por más de un año ininterrumpido antes de la fecha de cese de labores. La citada norma legal no tiene como objetivo incorporar a los servidores públicos a la carrera administrativa, ni que bajo su amparo una persona sea contratada como trabajador para labores de naturaleza permanente, sino únicamente de protegerlo contra el despido arbitrario que pudiera sufrir. (...)”. (Subrayado y negrita es agregado);

Que, asimismo, en la Casación N° 6123-2008 Piura, publicada en la referida separata de Casación (página 34775), establece: “Que la Ley 24041 no tiene como objetivo incorporar a los servidores a la carrera administrativa, ni que bajo su amparo una persona sea contratada como trabajador para labores de naturaleza permanente, sino únicamente a protegerlo contra el despido arbitrario que pudiera sufrir”. 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

¹⁷ INFORME TÉCNICO N° 162-2017-SERVIR/GPGSC

“AÑO DEL DIÁLOGO Y LA RECONCILIACIÓN NACIONAL”



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

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 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. (Subrayado y negrita es agregado);

Que, en atención a lo señalado, se concluye que la Ley 24041 no otorga derechos en cuanto a la naturaleza de vínculo laboral (contratado o nombrado), ni tampoco la permanencia en una plaza específica, sino únicamente el derecho a no poder ser despedido sino por causa establecida en la Ley (Decreto Legislativo 276, artículo 15). 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. (Subrayado y negrita es agregado);

Que, estando a lo esbozado puede concluirse que la Ley N° 24041, en esencia no regula un régimen laboral, sino establece una protección, respecto del servidor público contratado para labores de naturaleza permanente y que haya prestado servicios ininterrumpidos por más de un (01) año, contra el despido arbitrario del que pudiera ser objeto por parte del empleador; Por consiguiente no sería correcto concebir que la Ley N° 24041 es un régimen laboral propiamente dicho, y que en amparo del mismo se tenga que reconocer al administrado como servidor público contratado permanente, por cuanto el artículo 1° de la Ley N° 24041 en esencia solo protegería contra el despido arbitrario que pudiera sufrir el servidor público contratado para labores de naturaleza permanente y que prestado servicios de forma ininterrumpida por más de un año. Por tanto, estando al señalado en el informe N° 051-2018-AE-SGPBS-GA-GM/MPMN, de fecha 07 de mayo de 2018, por el Área de Escalafón de la Sub Gerencia de Personal y Bienestar Social, en el sentido de que el administrado viene laborando en la actualidad en la Municipalidad en calidad de empleado contratado, como Asistente Administrativo, laborando en la oficina de Control Patrimonial, teniendo como fecha de ingreso el 02 de enero del 2003 y a la fecha continúa laborando. (...), mismo que estaría además corroborado con la Constancia de Vínculo Laboral N° 016-2018-SPBS/GA/MPMN, de fecha 19 de enero de 2018, expedido por el Sub Gerente de Personal y Bienestar Social a favor del administrado, donde se tiene constado que viene laborando a la fecha como personal contratado permanente en el cargo de asistente administrativo en la unidad orgánica de la Gerencia de Administración – Área de Control Patrimonial de la Municipalidad Provincial Mariscal Nieto desde 01 de enero del año 2003 a la fecha; por consiguiente no se habría producido el despido arbitrario del administrado por parte del empleador, no siendo aplicable la protección contenida en el artículo 1° de la Ley N° 24041. Por lo que, deviene en infundado en este extremo los argumentos esgrimidos por el administrado. (Subrayado y negrita es agregado);

Respecto de la obligatoriedad del concurso público para el acceso al empleo público en la administración pública, como principio consustancial a la meritocracia.

Que, respecto del 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, por consiguiente el acceso a la función pública en condiciones de igualdad forma parte del ius cogens¹⁸, de los derechos fundamentales que además están reconocido por la Convención Americana de Derechos Humanos, y son prioritarios que deben ser protegidos, garantizados y cumplidos;

Que, los tratados internacionales sobre derechos humanos tienen 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

¹⁸CANESSA MONTEJO, Miguel. "EL IUS COGENS LABORAL": los derechos humanos laborales recogidos en normas imperativas del derecho internacional general", en Homenaje Aniversario de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, editorial El Buho E.I.R.L., Lima 2013, pp. 19-44.

“AÑO DEL DIÁLOGO Y LA RECONCILIACIÓN NACIONAL”



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

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”;

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. 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 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° 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**”. Por su lado, 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 responsabilidades administrativas, civiles o penales de quien lo promueva, ordena o permita**”. 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**”. 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);



“AÑO DEL DIÁLOGO Y LA RECONCILIACIÓN NACIONAL”



MUNICIPALIDAD PROVINCIAL MARISCAL NIETO

LEY ORGÁNICA N° 27972 DEL 26-05-2003

LEY N° 8230 DEL 03-04-1936

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

Que, ahora bien, el administrado sostiene que se le reconozca como servidor público contratado permanente y/o estable, bajo los alcances y protección del artículo 1° de la Ley N° 24041, sujeto al Régimen Laboral Público regulado por el Decreto Legislativo N° 276 y su Reglamento el Decreto Supremo N° 005-90-PCM. Esto es, que si bien el administrado sostiene que para la aplicación del artículo 1° de la Ley N° 24041 no se requiere haber ingresado por concurso público, y que bajo los alcances del mismo solicita se le reconozca como servidor público contratado permanente, no obstante, está claro que el administrado pretende que se le reconozca como servidor público contratado permanente, sujeto al Régimen Laboral Público regulado por el Decreto Legislativo N° 276 y su Reglamento el Decreto Supremo N° 005-90-PCM, empero esta normativa regula que el ingreso a la administración pública en la condición de servidor contratado para labores de naturaleza permanente se efectúa obligatoriamente mediante concurso público, siendo nulo todo acto administrativo que contravenga el mismo; Y, estando que 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, deviene una vez más en infundado los argumentos esgrimidos por el administrado;

Que, finalmente el administrado viene sosteniendo que existe una sentencia de vista que contendría la calidad de cosa juzgada, donde se habría amparado el derecho de una demandante a ser reconocida como servidora pública contratada permanente y/o establece. Al respecto, corresponde precisarse que si bien es cierto como señala el administrado, empero el mismo sería un pronunciamiento de un caso concreto inter partes, esto es, que el efecto que contiene dicha sentencia de vista, es pues exigible respecto de las partes que intervinieron en el proceso, no pudiendo ser exigible su aplicación para el presente caso, donde las partes son pues distintos, además el mismo no contiene un pronunciamiento de observancia obligatoria.

Que, el numeral 226.2 del artículo 226° del TUO de la LPAG, 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° 503-2018/GAJ/MPMN, de fecha 16 de julio de 2018, es de opinión, que se declare infundado el recurso de apelación interpuesto por Oscar Jaime Tudela Piza, en contra de la Resolución de Sub Gerencia N° 028-2018-SGPBS-GA/MPMN, de fecha 16 de mayo de 2018, y por agotada la vía administrativa;



“AÑO DEL DIÁLOGO Y LA RECONCILIACIÓN NACIONAL”



MUNICIPALIDAD PROVINCIAL MARISCAL NIETO

LEY ORGÁNICA N° 27972 DEL 26-05-2003

LEY N° 8230 DEL 03-04-1936

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 formulado por **OSCAR JAIME TUDELA PIZA**, en contra de la Resolución de Sub Gerencia N° 028-2018-SGPBS-GA/MMN, de fecha 16 de mayo de 2018, por las consideraciones expuestas en la presente.

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

ARTÍCULO TERCERO.- NOTIFICAR, al administrado Oscar Jaime Tudela Piza, 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, de la Municipalidad Provincial Mariscal Nieto – Moquegua.

REGÍSTRESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE;

MUNICIPALIDAD PROVINCIAL MARISCAL NIETO
MOQUEGUA

CPC. CARLOS ALBERTO PONCE ZARIBANO
GERENTE MUNICIPAL