



Municipalidad Provincial
Mariscal Nieto
Moquegua

RESOLUCION DE ALCALDIA

N° 00012 2014-A/MPMN

Moquegua.- 10 ENE. 2014

VISTOS: El Informe N° 3767-2013/GA/GM/MPMN, escrito de apelación de fecha 12 de diciembre del año 2013 con Registro N° 034017 y la Resolución de Gerencia de Administración N° 0102-2013-GA/MPMN y el Informe N° 0003-2014-GAJ-GM-MPMN;

CONSIDERANDO:

Que, en sede administrativa, toda controversia o incertidumbre, implicante al Derecho, debe resolverse según el sistema de fuentes que diseña el artículo V, numeral 2.7 del Título Preliminar de la Ley N° 27444, concordante con el artículo V, numeral 6 del Título Preliminar de la Ley N° 28175, Marco del Empleo Público, esto es, de acuerdo con la Constitución, los instrumentos jurídicos internacionales, las leyes y normas equivalentes, las jurisprudencias interpretativas o de efecto normativo, entre otros.

Que, en esa línea, el artículo 40° de la Constitución vigente, aplicable al caso bajo examen por razón de temporalidad, consagra que el ingreso del servidor público lo regula la ley, de manera que aquel extremo está sujeto a reserva legal, variante del principio de legalidad.

Que, de conformidad con el Artículo 209° de la Ley 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, establece que: **“El Recurso de Apelación se interpondrá cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, debiendo dirigirse a la misma autoridad que emitió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico”**. Que asimismo, según lo previsto en el artículo 207.2 de la acotada norma, el plazo para interponer el recurso de apelación es de quince días hábiles. En el caso concreto, se aprecia que el acto de impugnación ha sido presentado dentro del plazo antes señalado.

Que, el Pleno Jurisdiccional Regional Constitucional, Civil y Familia. Diciembre 2005, en el que se acordó por mayoría que **“La protección que brinda al trabajador del Estado la Ley N° 24041, únicamente se aplica para trabajadores que ingresaron por concurso público”**; por su parte, el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 152-95-AA/TC, *mutatis mutandis*, no estimo la pretensión de la demandante por no haber demostrado su ingreso al Sector Público previo concurso establecido conforme al artículo 28° del D.S. N° 005-90-PCM.

Que, efectivamente de admitirse el ingreso sin concurso, comportaría realizar una interpretación tanto inconstitucional como ilegal, que viola los derechos de igualdad de oportunidades e irrenunciabilidad de derechos, que detentan los aspirantes y potenciales trabajadores de esta comuna, recogidos en los incisos 1 y 2, respectivamente, del Art. 26° de la Norma



Fundamental, concordante con el artículo 5° de la Ley Marco del Empleo Público y Expediente N° 008-2005-PI/TC, fundamentos 22 y 23 y en lo específico, se afecta el derecho al acceso a la función pública, en igualdad de condiciones, reconocido por el artículo 23°, numeral 1, inciso c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y explicado en la sentencia recaída en los Expedientes N° 0025 y 0026-2005-PI/TC, fundamentos 35° al 56°, habida cuenta que se introduciría una práctica discriminatoria dado que los demás servidores ediles obtuvieron la declaración de su permanencia, tras superar el respectivo concurso.

Asimismo, es materia de análisis, en lo que respecta el Principio de la primacía de la realidad, invocado por el administrado Don LUCIO EDGAR JULIO RISCO PINTO, en su escrito de apelación de fecha 12 de diciembre del año 2013 con Registro N° 034017 interpuesta en contra de la Resolución de Gerencia de Administración N° 0102-2013-GA/MPMN, lo cual no estaría dentro de los parámetros, ni menos a adjuntado medio Probatorio alguno en el recurso de apelación interpuesto en contra del resolución recurrida, por lo que se desprende que no estaría dentro de los presupuestos esbozados en los fundamentos 5 y 6 del Expediente N° 031-2011-PA/TC-PIURA, Caso: Santos A. Rivero Arrunátegui,

Fundamento 5. En tal sentido, a fin de determinar la naturaleza de los servicios que prestó el demandante para la Municipalidad emplazada, es preciso aplicar el principio de primacía de la realidad, el que, como lo ha señalado este Colegiado es un elemento implícito en nuestro ordenamiento jurídico y, concretamente, está impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución, acotándose, en la STC N.° 1944-2002-AA/TC, que mediante este principio “[...] en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero; es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos” (fundamento 3). Fundamento 6.

Fundamento 6. Pues bien, para determinar si existió una relación de trabajo indeterminada entre las partes encubierta mediante un contrato civil, debe evaluarse si en los hechos se presentó, en forma alternativa y no concurrente, alguno de los siguientes rasgos de laboralidad: a) control sobre la prestación o la forma en que ésta se ejecuta; b) integración del demandante en la estructura organizacional de la emplazada; c) prestación ejecutada dentro de un horario determinado; d) prestación de cierta duración y continuidad; e) suministro de herramientas y materiales al demandante para la prestación del servicio; f) pago de remuneración al demandante; y, g) reconocimiento de derechos laborales, tales como las vacaciones anuales, las gratificaciones y los descuentos para los sistemas de pensiones y de salud.

Mas si teniendo en cuenta que el indicado administrado, no se encuentra consignada su nombre en el Sistema de Planilla de la Municipalidad Provincial de Mariscal Nieto, y que solo se cuenta con el reporte de servicios por terceros, durante los meses de febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, setiembre, octubre, noviembre y diciembre del 2011 en la Gerencia Municipal; y los meses de febrero, marzo, abril del 2012 a prestado Servicios por Terceros en la Sub Gerencia de Obras Publicas; asimismo los meses de agosto, setiembre, octubre, noviembre del 2012, y agosto y octubre del 2013 presto por Servicios por Terceros en la Gerencia de Administración, según reporte de Planillas y Servicios por Persona que obra a fojas 03 del expediente, por lo que se desprende que no hay la citada continuidad de más de un año, y de realizar labores permanentes, tal como lo estipula el artículo 1° de la Ley 24041, por lo que se debe declarar infunda la apelación interpuesta por el administrado.

Que, mediante Informe N° 3767-2013/GA/GM/MPMN de fecha 19 de diciembre del año 2013, el Sub Gerente de Personal y Bienestar Social, informa que el recurrente a interpuesto Recurso de Apelación en contra de la Resolución de Gerencia de Administración N° 0102-2013-GA/MUNIMOQ de



fecha 31 de octubre del 2013, que resolvió declarar infundado el recurso de reconsideración interpuesto por el recurrente.

Que, la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General en su artículo 218.2 numeral a) señala que **“Son actos los que agotan la vía administrativa: El acto respecto del cual no proceda legalmente impugnación ante una autoridad u órgano jerárquicamente superior en la vía administrativa”**.

Que en uso de las facultades concedidas por el artículo 194 de la Constitución Política del Perú y al amparo de la Ley Orgánica de Municipalidades 27972 y con las visaciones respectivas.

SE RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO.- DECLARAR INFUNDADO el recurso de apelación de fecha 12 de diciembre del 2013, interpuesto por Don LUCIO EDGAR JULIO RISCO PINTO, en contra de la Resolución de Gerencia de Administración N° 0102-2013-GA/MPMN de fecha 31 de Octubre del año 2013, que declara Infundado el recurso de reconsideración de fecha 29 de octubre del año 2013.

ARTICULO SEGUNDO.- Confirmar en todos sus extremos la Resolución de Gerencia de Administración N° 0102-2013-GA/GM/A/MPMN de fecha 31 de Octubre del año 2012.

ARTICULO TERCERO.- NOTIFIQUESE, con el contenido de la presente al administrado Don LUCIO EDGAR JULIO RISCO PINTO.

ARTICULO CUARTO.- Dándose por agotada la vía administrativa a merito del artículo 50 de la Ley N° 27972 Ley Orgánica de Municipalidades.

REGÍSTRESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Municipalidad Provincial de Mariscal Nieto

Mgr. ALBERTO R. COAYLA VILCA
ALCALDE

ARCV/A/MPMN
JYEC/GAJ