



Municipalidad Provincial
Mariscal Nieto
Moquegua

RESOLUCION DE ALCALDIA

N° **00513** - 2014-A/MPMN

Moquegua, **22 MAYO 2014**

VISTOS: El Informe N° 1381-2014-SPBS-GA/GM/MPMN, Informe N° 120-2014-JLRP-C-SPBS-GA/GM/MPMN, escrito de apelación de fecha 22 de Enero del año 2014 con Registro N° 002839 y el Informe N° 649-2014-GAJ/GM/MPMN, y;

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, presupuestos 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, invocada por la administrada, lo cual no estaría dentro de los parámetros, ni menos adjunta medio probatorio alguno en el recurso de apelación interpuesto en contra del despido de hecho, 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.º 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. 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 la indicada administrada, 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 Julio, Agosto, Setiembre, Octubre, Noviembre, Diciembre del 2012, Enero, Febrero, Marzo, Abril, Mayo del 2013 en la Sub Gerencia de Logística y Servicios Generales, en Agosto 2013 en la Sub Gerencia de Obras Publicas, en Setiembre, Octubre y Diciembre del 2013 en la Sub Gerencia de Logística y Servicios Generales; y el mes de Noviembre 2013 a prestado Servicios por Terceros en la Unidad Orgánica Plan Incentivos según reporte de Planillas y Servicios por Persona que obra a fojas 01 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 1º de la Ley 24041, por lo que se debe declarar infundada la apelación interpuesta por la administrada;

Que, mediante Informe N° 00541-2014-SPBS/GA/GM/MPMN, de fecha 27 de Febrero del 2014, la Sub Gerente de Personal y Bienestar Social, informa que la recurrente a interpuesto Recurso de Apelación en contra del presunto despido de hecho el que fuera materializado en fecha 31 de Diciembre del 2013;

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 22 de Enero del 2014, interpuesto por Doña EDIZA ALARCON PERALTA en contra del presunto despido de hecho materializado en fecha 31 de Diciembre del 2013;

ARTICULO SEGUNDO.- NOTIFIQUESE, con el contenido de la presente a la recurrente EDIZA ALARCON PERALTA.

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

REGÍSTRESE, COMUNÍQUESE Y CÚPLASE.



Municipalidad Provincial de Mariscal Nieto

Alberto R. Coayla Vilca
Mgr. ALBERTO R. COAYLA VILCA
ALCALDE