



MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE YARINACOCHA



RESOLUCIÓN DE ALCALDÍA N° 130 -2019- MDY

Puerto Callao, 27 FEB. 2019

VISTOS:

El Trámite Externo N° 02416-2019, que contiene el Recurso Administrativo de Apelación, de fecha 05 de Febrero del 2019, formulada por la señora MARISELA MONTALVÁN ESCOBEDO, identificada con DNI N° 21144479, contra la Resolución de Gerencia N° 011-2019-MDY-GM, de fecha 17 de Enero del 2019, el Informe N° 1219- 2018-MDY-GAF-SGRH, de fecha 28 de Diciembre del 2018; el Informe Legal N° 207-2019-MDY-GM-GAJ de fecha 21 de febrero del 2019, y demás recaudos; y;

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 194° de la Constitución Política del Estado, concordante con el artículo II del Título Preliminar de la Ley N° 27972 – Ley Orgánica de Municipalidades, indica que: *“Los Gobiernos Locales gozan de autonomía Política, Económica y Administrativa en los asuntos de su competencia. La autonomía radica en la facultad de ejercer actos de gobierno, administrativos y de administración con sujeción al ordenamiento legal”*;

Que, con Trámite Externo N° 02416-2019, que contiene el escrito S/N de fecha 05 de febrero del 2019, la señora MARISELA MONTALVÁN ESCOBEDO, se dirige a la señora Alcaldesa de la MDY, formulando Recurso de Apelación contra Resolución de Gerencia N° 011-2019-MDY-GM de fecha 17 de Enero del 2019, que resuelve: **ARTÍCULO PRIMERO.- DECLARAR IMPROCEDENTE** la solicitud presentada por la señora **MARISELA MONTALVÁN ESCOBEDO**, de conformidad con las consideraciones antes expuestas; por considerar que no se encuentra arreglada a ley; a razón de ello, dicha resolución fue notificada con fecha 23 de Enero del 2019, y recepcionada por la señora ROSALYN KATHYA PINEDO PINEDO, abogada de la señora **MARISELA MONTALVÁN ESCOBEDO**;

Que, desde la perspectiva procedimental y conforme lo normado por el artículo N° 218°, numeral 218.2 del Texto Único Ordenado, de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, de la referida Ley, establece El término para la interposición de los recursos es de quince (15) días perentorios, y deberán resolverse en el plazo de treinta (30) días, por lo que desde el punto de vista del cumplimiento del requisito del plazo, éste se ve cumplido en el recurso de apelación, dado que se infiere que entre la Notificación de la Resolución recurrida (23-01-2019), y la interposición del recurso (05-02-2019), han transcurrido menos de los 15 días hábiles, por lo que debe atenderse el recurso de vistos;

Que, los Procedimientos Administrativos se rigen, entre otros, por los Principios de Legalidad y el Debido Procedimiento Administrativo, previstos en los numerales 1.1) y 1.2) del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, modificado mediante Decreto supremo N° 006-2017-JUS, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444; mediante los cuales las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la Ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y dentro de los márgenes de los fines para los que le fueron conferidos y que 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; y, a impugnar las decisiones que los afecten. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal es aplicable solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo;

Que, el artículo 220° de la referida ley, señala 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 expidió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico”*;

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°; señala.- La inobservancia de las normas de acceso vulnera el interés general e impide la existencia de una relación válida. Es nulo de pleno derecho el acto administrativo que las contravenga, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles o penales de quien lo promueva, ordene 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 si en las disposiciones de la presente Ley en lo que les sea aplicable;*

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





MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE YARINACOCHA



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. 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 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 ya los que se refieren el artículo 139° de la Constitución Política del Perú;

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 incurren 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 nombrados;

Que, asimismo, en la Casación N° 6123-2008 Piura, publicada en la referida separata de Casación, establece: "Que la Ley N° 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: 1), que la parte trabajadora haya realizado labores de naturaleza permanente y 2), 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**;

Que, en atención a lo señalado, se concluye que la Ley N° 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, 1.) y 2.) **haber sido despedido arbitrariamente puesto que sólo podrá ser cesado o destituido previo proceso administrativo debido a ello 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;

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;

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



MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE YARINACOCHA



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

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;

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°, Señala. 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;

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;

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, 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 Distrital de Yarinacocha, 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 la administrada;

Que, la Gerencia de Asesoría Jurídica, mediante el Informe Legal N° 207-2019-MDY-GM-GAJ, de fecha 21 de febrero de 2019, que se declárese **INFUNDADO** el recurso de apelación formulado por la señora MARISELA MONTALVÁN ESCOBEDO, identificada con DNI N° 21144479, contra la Resolución de Gerencia N° 011-2019-MDY-GM, de fecha 17 de enero de 2019, y por agotada la vía administrativa;

Que, estando al sustento legal expuesto en los considerando que preceden, y en uso de las facultades conferidas en el artículo 20° inciso 6°), de la ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades;

SE RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO.- DECLARAR INFUNDADO, el recurso de apelación interpuesto por MARISELA MONTALVÁN ESCOBEDO, contra la Resolución de Gerencia N° 011-2019-MDY-GM, de fecha 17 de enero de 2019, de conformidad con las consideraciones antes expuestas.



MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE YARINACOCHA



ARTICULO SEGUNDO.- DAR POR AGOTADA LA VÍA ADMINISTRATIVA, en aplicación del artículo 228° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

ARTICULO TERCERO.- ENCARGAR, a la Sub Gerencia de Informática y Estadística la publicación de la Presente Resolución en el Portal Institucional de la Municipalidad Distrital de Yarinacocha.

ARTICULO CUARTO.- ENCARGAR, a Secretaría General y Archivos la distribución de la presente Resolución a las áreas respectivas.

REGÍSTRESE, COMUNÍQUESE, CÚMPLASE Y ARCHÍVESE.



MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE YARINACOCHA
Jerly Díaz Chota
Abg. JERLY DÍAZ CHOTA
Alcaldesa