



Municipalidad Provincial de Santiago de Chuco

PROVINCIA DE SANTIAGO DE CHUCO – LA LIBERTAD



Jr. Paco Yunque N° 735 – Telf.: 837015-837019

RESOLUCIÓN DE ALCALDÍA N° 028-2019-MPSCH

Santiago de Chuco, 02 de enero de 2019

VISTOS:

La Resolución de Alcaldía N° 541-2018-MPSCH, de fecha 28 de noviembre de 2018 y el Informe Legal N° 011-2019/ALE, y;

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 194° de la Constitución Política del Estado, en concordancia con el Artículo II del Título Preliminar de la nueva Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N° 27972 establece que *“Las Municipalidades Provinciales y Distritales son los órganos de Gobierno Local que emanan de la voluntad popular y disfrutan de autonomía política, económica y administrativa de su competencia”*

Que, mediante, solicitud de fecha 11 de setiembre de 2018, el servidor ROBERTO JUNIOR ESQUIVEL BOY solicita se expida acto administrativo que reconozca su derecho de servidor permanente sujeto al régimen del D.L. 276, amparándose su pretensión mediante **Resolución de Alcaldía N° 541-2018-MPSCH, de fecha 28 de noviembre de 2018**, que declara PROCEDENTE su petición.

Que, conforme a los artículos 12 y 13 del Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, en concordancia con el artículo 28 del Reglamento de la Carrera Administrativa, aprobado por Decreto Supremo N° 005-90-PCM, es requisito para ingresar a la carrera administrativa, presentarse y ser aprobado en el concurso de admisión.

Que, respecto al nombramiento de los servidores contratados para labores de naturaleza permanente, el artículo 40° del D.S. 005-90-PCM, establece que *“El servidor contratado para labores de naturaleza permanente puede ser incorporado a la Carrera Administrativa mediante nombramiento, por el primer nivel del grupo ocupacional para el cual concursó, en caso de existir plaza vacante y de contar con evaluación favorable sobre su desempeño laboral, después del primer año de servicios ininterrumpidos. Vencido el plazo máximo de contratación, tres años, la incorporación del servidor a la Carrera Administrativa constituye el derecho reconocido y la entidad gestionará la provisión y cobertura de la plaza correspondiente, al haber quedado demostrada su necesidad”*.

Que, el Artículo 1 de la Ley N° 24041 establece que 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.

Que, respecto a las restricciones presupuestaste para el nombramiento, el artículo 8 de la Ley N° 30693, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2018, referido a las medidas en materia de personal, así como las leyes presupuestales de años anteriores, prohíbe el ingreso de personal en el Sector Público por servicios personales y el nombramiento, salvo las excepciones que dicha norma establece; aplicándose esta prohibición a toda contratación de personal para la Administración Pública, sea a través del régimen laboral público (Decreto Legislativo N° 276) o del régimen laboral de la actividad privada (Decreto Legislativo N° 728).



Municipalidad Provincial de Santiago de Chuco

PROVINCIA DE SANTIAGO DE CHUCO – LA LIBERTAD



Jr. Paco Yunque N° 735 – Telf.: 837015-837019

Que, asimismo, conforme al artículo 5° de la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público: *“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 conforme al artículo IV del Título Preliminar del Decreto Legislativo N° 1023, que crea la Autoridad Nacional del Servicio Civil, rectora del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos: *“El ingreso al servicio civil permanente o temporal se realiza mediante procesos de selección transparentes sobre la base de criterios objetivos, atendiendo al principio del mérito”*.

Que, el artículo 9 de la Ley Marco del Empleo Público, Ley N° 28175, señala que la inobservancia de las normas de acceso al servicio civil vulnera el interés general e impide la existencia de una relación válida, siendo 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, la Tercera Disposición Transitoria del Texto Único Ordenado de la Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, aprobado por Decreto Supremo N° 304-2012- EF, dispone que en materia de gestión de personal en la Administración Pública, el ingreso de personal sólo se efectúa cuando se cuenta con la plaza presupuestada. Toda acción que transgreda esta disposición será nula de pleno derecho, sin perjuicio de la responsabilidad del funcionario de la entidad que autorizó tal acto, así como de su titular.

Que, desde esta perspectiva, el ingreso a la Administración Pública sólo se efectúa mediante concurso público de méritos y siempre que se cuente con una plaza presupuestada, siendo nulo de pleno derecho todo acto administrativo que contravenga las normas de acceso al servicio civil, debido a que esta inobservancia vulnera el interés general e impide la existencia de una relación válida. El ingreso de personal en la Administración Pública se efectúa a través de las reglas de acceso al servicio civil; considerándose que para efectuar las contrataciones por servicios personales se ha contemplado como requisito que las plazas a ocupar se encuentren aprobadas en el Cuadro de Asignación para Personal (CAP) o en el Cuadro de Puestos de la entidad (CPE), según corresponda, registradas en el Aplicativo Informático para el Registro Centralizado de Planillas y de Datos de Recursos Humanos del Sector Público a cargo de la Dirección General de Gestión de Recursos Públicos del Ministerio de Economía y Finanzas, y que cuenten con la respectiva certificación del crédito presupuestario.

Que, el Tribunal Constitucional estableció como precedente vinculante en la sentencia recaída en el Expediente N° 05057-2013-PA/TC “Caso Huatuco”, así como su auto aclaratorio *“(…) que para ingresar al sector público, tanto en el régimen laboral público como en el privado, resulta necesario: i) La definición de una plaza o vacante de duración indeterminada, ii) la necesidad de que dicha plaza esté debidamente presupuestada, iii) la realización previa de un concurso público de méritos para la cobertura de dicha plaza”*.

Que, de la revisión del expediente administrativo que corresponde a la petición administrativa formulada por el servidor ROBERTO JUNIOR ESQUIVEL BOY, fue contratado bajo la modalidad del régimen del D. Leg. N° 276, el cual ingresó por concurso público de méritos, contrato que se inició el 11 de abril de 2016 hasta la actualidad como **Responsable de DEMUNA, plaza que se encuentra prevista en el Cuadro de Asignación de Personal (CAP) de la MPSCH.**

Que, el servidor invocó la aplicación del artículo 1° de la Ley N° 24041; norma que resultaría aplicable a los servidores públicos contratados para una labor específica y permanente por más de un año; en otras palabras, a aquellos servidores que ejecutan labores dentro de la entidad y que vienen desempeñándola desde el inicio de la contratación, condición que no cumple el servidor. Sin embargo, el servidor ha



Municipalidad Provincial de Santiago de Chuco

PROVINCIA DE SANTIAGO DE CHUCO – LA LIBERTAD



Jr. Paco Yunque N° 735 – Telf.: 837015-837019

acumulado menos de 3 años en el cargo de Responsable de DEMUNA. Esto es, **no concurre la exigencia establecida en el artículo 15° del D. Leg. N° 276.**

Que, en efecto, en el artículo 1° de la Ley N° 24041 señala que “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 delo dispuesto en el artículo 15 de la misma ley.”, lo que guarda concordancia con el Artículo 2 de la citada ley que establece que “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, el razonamiento contenido en el artículo 1 de la Ley N° 24041 trasunta la exigencia de acreditación plena de tres condiciones: i) tener la condición de servidor público y que no se encuentre dentro de los supuestos del artículo 2° de la misma norma, ii) la contratación debe ser en una permanente, y iii) superar el año ininterrumpido de servicios. En el presente caso, se itera, que el servidor Roberto Junior Esquivel Boy no cumpliría tales condiciones, de acuerdo a lo expresado en los párrafos precedentes.

Que, en el caso del servidor ROBERTO JUNIOR ESQUIVEL BOY no se habrían cumplido con todos los requisitos para el acceso al empleo público previstos en los artículos 5°, 6°, 7° y 8° de la Ley Marco del Empleo Público, Ley N° 28175. Así pues, **el puesto de Responsable de DEMUNA no cuenta informe favorable (viabilidad presupuestal) del Área de Presupuesto o quien haga sus veces de la MPSCH, para la contratación permanente y no está previsto en el “Presupuesto para el Año 2019-2020 del Alcalde, Regidores, Pensionistas, Personal Nombrado, CAS y Contratado de la MPSCH”;** además, como ya hemos indicado, esta contratación se encontraría prohibida conforme a la Ley de Presupuesto del Sector Público para el año Fiscal 2018, Ley N° 30693, que **prohíbe el ingreso de personal en el Sector Público por servicios personales y el nombramiento de personal sea a través del régimen laboral público (Decreto Legislativo N° 276) o del régimen laboral de la Actividad Privada (Decreto Legislativo N° 728);** inclusive la referida norma en su artículo 6° prohíbe el incremento de remuneraciones, y como señala el **Oficio N° 0445-2018-EF/50.07**, de fecha 21 de febrero de 2018, remitido por la Dirección General de Presupuesto Público, aun cuando las municipalidades gozan de autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia, estas se ejercen de conformidad con los límites que imponen las diversas normas que componen el ordenamiento jurídico vigente entre las que se encuentran las normas presupuestarias contenidas en las leyes anuales de presupuesto, aprobadas por el Congreso de la República y promulgadas por el Poder Ejecutivo.

Que, asimismo, cabe mencionar que lo resuelto Resolución de Alcaldía N° 541-2018-MPSCH, de fecha 28 de noviembre de 2018,, resultaría abiertamente contradictorio con lo dictado por la misma autoridad en casos similares, verbigracia, lo resuelto en la **Resolución de Alcaldía N° 540-2018-MPSCH, de fecha 26 de noviembre de 2018**, que declara IMPROCEDENTE la petición de la servidora Betsy Flora Díaz Laiza, quien solicitó se le reconozca su condición de servidora de naturaleza permanente sujeto al Decreto Legislativo N° 276 de conformidad a lo establecido en la Ley N° 24041. Esta situación nos revelaría que la autoridad que emitió el acto administrativo, no habría actuado de la misma forma en casos similares, lo que no solo implica un nivel de cuestionamiento intrínseco, sino también nos coloca en una posición de fiscalización externa expectante, respecto a la concurrencia de los requisitos de validez del acto administrativo expedido.



Municipalidad Provincial de Santiago de Chuco

PROVINCIA DE SANTIAGO DE CHUCO – LA LIBERTAD



Jr. Paco Yunque N° 735 – Telf.: 837015-837019

Que, en materia de contratación de personal, como concluye el Informe Técnico N° 1061-2018-SERVIR/GPGSC, de fecha 10 de julio de 2018: “El ingreso a la Administración Pública solo se efectúa mediante concurso público de méritos y siempre que se cuente con una plaza presupuestada, siendo nulo de pleno derecho todo acto administrativo que contravenga las normas de acceso al servicio civil”; ello en concordancia con el Artículo 9° de la Ley Marco del Empleo Público: “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.”

Que, tal como prescribe el artículo 10° del TUO de la Ley N° 27444, el cual establece vicios que invalidan la declaración de la entidad y originan su nulidad de pleno derecho, entre estos:

“Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
(...)”

Que, por lo tanto, para que en sede administrativa un acto de la administración devenga en nulo, debe ser declarado como tal por la instancia competente, esto es, la autoridad superior de quien dictó el acto. Para alcanzar dicho fin, la normativa sobre la materia prevé dos vías posibles:

- a) Que, la propia administración pública, de oficio, **ADVIERTA EL VICIO INCURRIDO**, y declare la nulidad del acto administrativo (Art. 211° del T.U.O de la Ley 27444).
- b) La otra vía conduce a la declaración de nulidad del acto administrativo se concretiza a solicitud del propio administrado (Artículo 11 ° del T.U.O. de la Ley 27444).

Que, asimismo, el tercer párrafo del artículo 211.2° del TUO de la Ley N° 27444 prescribe que: “En caso de declaración de nulidad de oficio de un acto administrativo favorable al administrado, la autoridad, previamente al pronunciamiento, le corre traslado, otorgándole un plazo no menor de cinco (5) días para ejercer su derecho de defensa”. Ello en concordancia con la Casación N° 8125-2009-DEL SANTA, de fecha 17 de abril de 2012.

Que, en ese contexto, y en virtud a ello queda aún más acreditado que el acto administrativo contenido en la **Resolución de Alcaldía N° 541-2018-MPSCH, de fecha 28 de noviembre de 2018**, resulta inválido y que debería ser declarado nulo, pues se habría quebrantado normas de ingreso a la Administración Pública, vulnerando el interés general e impidiendo la existencia de una relación válida.

Que, en el contexto desarrollado en el presente informe, ello quedaría acreditado que el acto administrativo contenido en la **Resolución de Alcaldía N° 541-2018-MPSCH, de fecha 28 de noviembre de 2018**, resultaría inválido y debería declararse su nulidad de oficio, conforme al procedimiento previsto por Ley; puesto que, se habrían vulnerado normas de ingreso a la Administración Pública, agravando el interés público, que se manifiesta en el correcto ingreso a la carrera administrativa, que se caracteriza por la cautela al principio de igualdad de oportunidades y meritocracia, respetando las limitaciones presupuestales que impone el marco normativo vigente.



Municipalidad Provincial de Santiago de Chuco
PROVINCIA DE SANTIAGO DE CHUCO - LA LIBERTAD



Jr. Paco Yunque N° 735 - Telf.: 837015-837019

Que, bajo lo dicho, es de indicarse en el caso en concreto, el acto administrativo contenido en la Resolución de Alcaldía N° 541-2018-MPSCH, de fecha 28 de noviembre de 2018, que resuelve respecto a declarar procedente la solicitud del servidor ROBERTO JUNIOR ESQUIVEL BOY, causaría agravio al interés público, puesto que habría sido emitida en contravención al T.U.O. de la Ley N° 27444, explícitamente en contravención del principio de legalidad previsto en el artículo IV numeral 1.1 del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

Que, por ende, conforme lo prevé el artículo 12° del T.U.O. de la Ley 27444 "La declaración de nulidad tendrá efecto declarativo y retroactivo a la fecha del acto (...) énfasis agregado". En este sentido, al declararse la nulidad tendrá de la **Resolución de Alcaldía N° 541-2018-MPSCH, de fecha 28 de noviembre de 2018**, debe retrotraerse al estado de las cosas, al momento mismo de su emisión. Por lo cual, los efectos de dicho acto, también implica la nulidad de los actos sucesivos, vinculados a él, como lo establece el artículo 13.1 del TUO de la Ley N° 27444;

Que, en lo concerniente a la figura administrativa de "Nulidad de Oficio" el artículo 211° incisos 211.1), 211.2) del T.U.O. de Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General prescribe: "En cualquiera de los casos enumerados en el artículo 10°, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agraven en interés público". "La nulidad de oficio sólo puede ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se invalida"

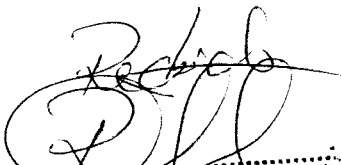
Que, en mérito a lo expuesto en los considerandos precedentes, y conforme al Artículo 20° inciso 20 y 43 de la Ley N° 27972- Ley Orgánica de Municipalidades y Resolución de Alcaldía N° 03-2019-MPSCH;

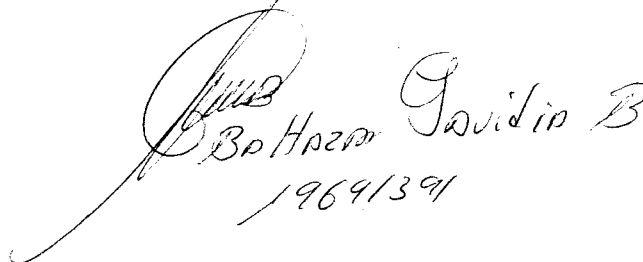
SE RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: INICIAR EL PROCEDIMIENTO DE DECLARACIÓN DE NULIDAD DE OFICIO DE LA RESOLUCIÓN DE ALCALDÍA N° 541-2018-MPSCH, DE FECHA 28 DE NOVIEMBRE DE 2018, QUE Reconoce al servidor ROBERTO JUNIOR ESQUIVEL BOY la condición de servidor contratado para labores de naturaleza permanente por la causal prevista en el **numeral 1 del artículo 10° del TUO de la Ley N° 27444, Decreto Supremo N° 006-2017-JUS.**

ARTÍCULO SEGUNDO: OTORGAR a la servidora ROBERTO JUNIOR ESQUIVEL BOY un plazo no menor de **cinco (5) días** para que ejerza su derecho de defensa, si así lo estimare pertinente, conforme al tercer párrafo del artículo 211.2° del TUO de la Ley N° 27444.

REGÍSTRESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


 Roberto Esquivel Boy
 ABOGADO
 CALL - 9073
 03-01-19
 11:30 am


 Balbaza Gavidin B
 1969/1391