



MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN SEBASTIÁN - CUSCO

GESTIÓN 2019 - 2022

¡Sonqoykipi T'ikarin!



RESOLUCION DE GERENCIA MUNICIPAL N° 037-GM-MDSS-2021

San Sebastián, 09 de junio de 2021

EL GERENTE MUNICIPAL DE LA MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN SEBASTIAN

VISTOS:

La Resolución Gerencial N° 04-2021-GRRHH/MDSS/JCMD de fecha 22 de enero del 2021, emitida por la Gerencia de Recursos Humanos de la entidad, El Informe N° 314-2021-VACC-GRRHH-MDSS de fecha 18 de mayo del 2021, el Informe N° 580-2021-GRRHH-MDSS/C de fecha 20 de mayo del 2021, la Opinión Legal N° 293-2021-GAL-MDSS de la Gerencia de Asuntos Legales y el expediente administrativo N° CU 36214 de fecha 08 de junio del año 2021 y;

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 194 de la Constitución Política del Estado, modificado por el artículo único de la Ley N° 27860, Ley de Reforma Constitucional, concordante con el artículo 2° del Título Preliminar de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, dispone que los gobiernos locales gozan de autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia, la misma que radica en la facultad de ejercer actos de gobierno administrativos y de administración, con sujeción al ordenamiento jurídico;

Que, el Principio de Legalidad reconocido en el artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, aprobado por el Decreto Supremo 004-2019-JUS (en Adelante TUO de la LPAG) establece que, todas las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y el derecho, dentro de sus facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas;

Que, mediante Resolución Gerencial N° 04-2021-GRRHH/MDSS/JCMD de fecha 22 de enero del año 2021, la Gerencia de Recursos Humanos de la entidad declara procedente la petición administrativa presentada por el señor Elias Remachi Romero, respecto al cambio de régimen laboral del régimen laboral público al régimen laboral privado, consecuentemente en el artículo segundo de dicha resolución declara procedente el cambio de régimen laboral y dispone la incorporación al régimen laboral privado como obrero de la entidad. De los fundamentos de dicha resolución se hace referencia que la labor que desempeña dicho servidor es la de chofer de camión compactador de limpieza pública y que dicha labor constituye una de carácter laboral privado.

Que, mediante el Informe N° 314-2021-VACC-GRRHH-MDSS la Sub Gerente de Remuneraciones y Selección de Personal – MDSS solicita opinión legal respecto al mérito de la resolución de Gerencia Municipal aludida, teniendo en cuenta que conforme al Informe Técnico de SERVIR N° 812-2018-SERVIR/GPGSC se acepta pasar o migrar a otro régimen laboral bajo las normas que regulan el acceso al empleo público, de acuerdo a la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público, señala que por regla general el acceso es bajo cualquier modalidad contractual, se realiza mediante concurso público salvo excepciones contempladas en cada régimen. Mediante Informe N° 580-2021-GRRHH-MDSS/C de fecha 20 de mayo del 2021, la Gerente de Recursos Humanos remito los actuados a la Gerencia de Asuntos Legales de la entidad solicitando opinión con relación a la validez del acto administrativo.

Que, con relación al ingreso a la administración pública, indistintamente del régimen laboral en que se encuentre vinculado el trabajador con la entidad, se realiza necesariamente por concurso público de méritos y oposiciones en un régimen de igualdad de oportunidades de acuerdo con los principios de mérito y la capacidad de las personas, con excepción de los puestos de confianza para los cuales no existe dicha exigencia legal.

Que, conforme a lo dispuesto por el artículo 5° de la Ley Marco del Empleo Público, Ley 28175, "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", consecuentemente como regla general se tiene la necesidad de convocar a un concurso público y abierto para el acceso al empleo público, respecto al cambio de régimen laboral aplica la misma regla. Por su parte, el artículo 9° del mismo texto normativo dispone: "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", en consecuencia, la propia norma sanciona bajo nulidad la vulneración del artículo 5° relacionado al acceso al empleo público.

Que, conforme a los hechos analizados, el personal que hubiera ingresado a la entidad bajo el régimen laboral del Decreto Legislativo 276, se mantiene en dicho régimen laboral y no les resulta aplicable el régimen del Decreto Legislativo 728, a menos que hayan aceptado pasar a dicho régimen y se acredite la existencia de una plaza vacante debidamente presupuestada, previo concurso de mérito y oposiciones en la medida que exista habilitación legal para llevar a cabo dicho concurso, consecuentemente

"SAN SEBASTIÁN, CUNA DE AYLLUS Y PANAKAS REALES"



MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN SEBASTIÁN - CUSCO

GESTIÓN 2019 - 2022

¡Sonqoykipi T'ikarin!



para variar la relación laboral que ha existido con el administrado necesariamente debe existir una plaza vacante presupuestada y la misma debe ser sometida a concurso público de méritos en un régimen de igualdad de oportunidades.

Que, mediante Informe Técnico N° 812-2018-SERVIR/GPGSC de fecha 25 de mayo del 2018, se ha detallado en el fundamento 2.9. que *"Por lo tanto, en el supuesto de los obreros que ingresaron a la entidad bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 276 o de ser el caso bajo el régimen de la actividad privada, se rigen por dichos regímenes, debiendo percibir todos los beneficios laborales que se les reconocen de acuerdo a ley; no siéndole aplicable un régimen laboral distinto al del ingreso, a menos que hayan aceptado pasar (o migrar) de uno a otro régimen laboral, bajo las normas que regulan el acceso al empleo público"*, además en la cita al pie de dicho informe se especifica: *"De acuerdo a la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público, señala que por regla general el acceso de los servidores públicos a la Administración Pública bajo cualquier modalidad contractual (regímenes laborales del Decreto Legislativo N° 276, 728 y CAS) se realiza mediante concurso público, salvo las excepciones contempladas en cada régimen, por tanto, dicha disposición legal debe ser observada por las entidades a efectos de contratar personal bajo un régimen laboral"*. Por su parte, en el apartado de las conclusiones respecto al supuesto materia de análisis se tiene: *"3.2. En el supuesto de los obreros que ingresaron a la entidad bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 276 o de ser el caso bajo el régimen de la actividad privada, se rigen por dichos regímenes, debiendo percibir todos los beneficios laborales que se les reconocen de acuerdo a ley; no siéndole aplicable un régimen laboral distinto al del ingreso, a menos que hayan aceptado pasar (o migrar) de uno a otro régimen laboral, bajo las normas que regulan el acceso al empleo público"*. Nótese que en el desarrollo de dicho informe técnico se hace referencia expresa al procedimiento de concurso previo para ser incorporado en cualquier régimen laboral.

Que, mediante expediente administrativo N° CU 36214 de fecha 08 de junio del 2021, el administrado respecto a la absolución que se le corrió en autos precisa que ha actuado de buena fe, respecto al trámite que se ha dado a su petición desconoce el mismo al no ser profesional por lo que dicho trámite se ha verificado por parte de los funcionarios de la entidad, concluyendo que conforme a lo dispuesto por el artículo 37° de la Ley Orgánica de Municipalidades, corresponde a dicha persona ser incorporado como obrero bajo el régimen laboral del Decreto Legislativo 728.

Que, conforme a los argumentos señalados, que no han sido rebatidos en forma alguna por el administrado, se habría vulnerado al momento de la emisión de la Resolución Gerencial N° 004-2021-GRRHH/MDSS/JCMD, la disposición legal recogida por el artículo 5° de la Ley Marco del Empleo Público, concordante con lo dispuesto por el Informe Técnico de SERVIR N° 812-2018-SERVIR/GPGSC precedentemente detallado, por lo que al amparo del artículo 9° de la norma legal citada, existe una sanción legal de nulidad ante el incumplimiento de lo dispuesto para el acceso al empleo público, por vulnerar el interés general e impedir la existencia de una relación válida, consecuentemente está acreditado en autos la contravención a la norma legal recogida por la Ley 28175.

Que, conforme al artículo IV del Título Preliminar del TUO de la Ley 27444, prescribe en el numeral 1.16 el principio de favorecimiento del control posterior el cual señala: **"1.16. Principio de privilegio de controles posteriores.** – *La tramitación de los procedimientos administrativos se sustentará en la aplicación de la fiscalización posterior; reservándose la autoridad administrativa, el derecho de comprobar la veracidad de la información presentada, el cumplimiento de la normatividad sustantiva y aplicar las sanciones pertinentes en caso que la información presentada no sea veraz.*", consecuentemente, a pesar de que por imperio de la Ley habría adquirido el acto administrativo la condición de cosa decidida a favor del administrado, no es menos cierto que la entidad tiene resguardada la potestad para realizar controles posteriores y verificar, tal y conforme señala la norma, el cumplimiento de la normatividad sustantiva, lo cual se procede a realizar en el caso de autos y se evidencia en mérito a los informes técnicos, que no se habría cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 5° de la Ley Marco del Empleo Público, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 9° de la misma norma legal.

Que, el artículo 10° del TUO de la Ley de Procedimiento Administrativo General establece como causal de nulidad del acto administrativo: *"Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes: ///.../// 3. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.///...///"*, consecuentemente, si bien es cierto que el administrado ha obtenido una decisión favorable por parte de la Gerencia de Recursos Humanos de la entidad, no es menos cierto que para el caso de dicha decisión y la emisión de la Resolución Gerencial cuestionada, se contravino lo dispuesto por el artículo 5° de la Ley Marco del Empleo Público, hecho que ha sido adecuadamente detallado, por lo tanto existen elementos que están recogidos por el artículo 10° del TUO de la Ley de Procedimiento Administrativo General.

Que, conforme a lo dispuesto por el artículo 213° del TUO de la Ley de Procedimiento Administrativo General se dispone: *"213.1 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 el interés público o lesionen derechos fundamentales. 213.2 La nulidad de oficio solo puede ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se invalida. Si se tratara de un acto emitido por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad es declarada por resolución del mismo funcionario. ///...///"*, en consecuencia, respecto al agravio al interés público se debe tomar en cuenta que dentro de la entidad existen otros trabajadores administrativos que tienen la misma condición del administrado, sin embargo, no pueden pasar a otro régimen laboral por cuanto no existen los elementos necesarios para tal fin – plaza presupuestada y convocatoria por concurso

"SAN SEBASTIÁN, CUNA DE AYLLUS Y PANAKAS REALES"



MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN SEBASTIÁN - CUSCO

GESTIÓN 2019 - 2022

¡Sonqoykipi T'ikarin!



público – en consecuencia, el pretender otorgar al administrado dicho beneficio sin que existen los elementos suficientes para el mismo implicaría realizar una discriminación en contra de los demás trabajadores de la institución quienes tienen las mismas condiciones que el administrado empero no han gozado del mismo derecho, además de generar un precedente mediante el cual se otorgarían beneficios que no están reconocidos por la Ley y por lo tanto resultan ilegales, debiendo retrotraerse el procedimiento a la etapa de evaluación de la petición administrativa a fin de no generar actos administrativos que contravengan la norma legal y la Constitución.

Que, respecto al agravio al interés público por su parte se debe establecer que, al momento de instruir procedimientos administrativos a su cargo, la entidad debe garantizar el absoluto cumplimiento de todas y cada una de las normas y reglas del procedimiento administrativo prestablecido, en la medida que el cumplimiento de estas importa el interés público, presente en el ejercicio de las funciones del poder asignadas a esta administración. En sentido opuesto si la administración encargada de la instrucción de los procedimientos propios de su competencia, emite actos administrativos que no cumplen con los requisitos de validez y contravienen el debido procedimiento administrativo, se genera una situación irregular puesto que, este acto está reñido con la legalidad y por ende agravia el interés público.

Que, mediante Opinión Legal N° 293-2021-GAL-MDSS de fecha 31 de mayo del 2021, la Gerente de Asuntos Legales de la entidad opina porque se declare la nulidad de oficio de la Resolución Gerencial N° 004-2020-GRRHH-MDSS-JCMD, por contravenir el numeral 1 del artículo 10° del TUO de la Ley de Procedimiento Administrativo General, debiendo retrotraerse dicho procedimiento hasta la etapa de calificación de la petición administrativa por parte de la Gerencia de Recursos Humanos de la entidad.

Estando a lo opinado por la Gerencia de Recursos Humanos, Gerencia de Asuntos Legales, y de conformidad con la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley 27972, Texto Único Ordenado de la Ley 27444 aprobado por Decreto Supremo 004-2019-JUS, y el Reglamento de Organización y Funciones de la Municipalidad Distrital de San Sebastián aprobado por Ordenanza Municipal N° 20-2019-MDSS;

SE RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO. – Declarar **LA NULIDAD DE OFICIO** de la Resolución Gerencial N° 004-2021-GRRHH-MDSS-JCMD de fecha 22 de enero del 2021, por contravenir el artículo 10° numeral 1 del TUO de la Ley de Procedimiento Administrativo General conforme a los fundamentos de la presente resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO. – **RETROTRAER** el procedimiento administrativo hasta el momento de la calificación de la petición administrativa presentada por el administrado, consecuentemente la Gerencia de Recursos Humanos evalúe la procedibilidad de la petición administrativa presentada en autos de conformidad a los fundamentos de la presente resolución.

ARTÍCULO TERCERO. – **NOTIFICAR** la presente Resolución al trabajador **ELÍAS REMACHI ROMERO** en el inmueble que ha fijado en autos para tal fin, encomendando dicha labor a la Gerencia de Seguridad Ciudadana, Fiscalización y Notificaciones de la entidad.

ARTÍCULO CUARTO. – **DEVOLVER** los actuados a la Gerencia de Recursos Humanos de la Municipalidad Distrital de San Sebastián, para los fines que correspondan conforme a lo señalado en la presente resolución, remitiendo los mismos a fojas 24.

ARTÍCULO QUINTO. – **REMITIR** copia de los actuados a la Gerencia de Recursos Humanos para que mediante el Secretario Técnico de la Comisión de Procedimientos Administrativos Disciplinarios proceda a evaluar la existencia de inconducta funcional o administrativa derivada de los hechos que son objeto del presente procedimiento, por cuanto existen supuestos que podrían determinar algún tipo de inconducta en sede administrativa, encargando dicha labor a la Gerencia de Seguridad Ciudadana, Fiscalización y Notificaciones de la entidad.

ARTÍCULO SEXTO. – **ENCARGAR**, a la Oficina de Tecnología y Sistemas Informáticos, la publicación de la presente Resolución en el portal Institucional www.munisansebastian.gob.pe de la Municipalidad Distrital de San Sebastián – Cusco.

REGÍSTRESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE
SAN SEBASTIÁN
Lic. Juan Pablo Laza Sikuy
GERENTE MUNICIPAL

“SAN SEBASTIÁN, CUNA DE AYLLUS Y PANAKAS REALES”