

Sachaca, 22 de Agosto del 2019

VISTOS:

La Resolución de Alcaldía N° 355-2018-MDS, el Informe N° 45-2019/MDS/GAJ de Gerencia de Asesoría Jurídica, el Informe N° 109-2019-ALE-MDS Sachaca de Asesoría Legal Externa, el Informe N° 00056-2019-SG-MDS de Secretaría General, el Oficio N° 165-2019-ALC-MDS del Despacho de Alcaldía, el Escrito con N° de Registro 3280-2019, el Oficio N° 167-2019-ALC-MDS del Despacho de Alcaldía, el Escrito con N° de Registro 3714-2019, el Oficio N° 191-2019-ALC-MDS del Despacho de Alcaldía, el Escrito con N° de Registro 3963-2019, el Proveído N° 1265-2019 del Despacho de Alcaldía, el Informe N° 157-2019/MDS/GAJ de Gerencia de Asesoría Jurídica, y;

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 194° de la Constitución Política del Estado en concordancia con el artículo II del Título Preliminar de la Ley Orgánica de Municipalidades N° 27972 establece que los Gobiernos Locales gozan de autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia.

Que, mediante la Resolución de Alcaldía N° 355-2018-MDS se Declara Fundado el pedido de la Servidora Evelin Alida Vera Espinoza, en consecuencia, se reconozca su nivel remunerativo como "Profesional 3".

Que, mediante el Informe N° 45-2019/MDS/GAJ Gerencia de Asesoría Jurídica señala que la independencia en el ejercicio jurisdiccional es uno de los principios y derechos de la función jurisdiccional previsto en el numeral 2 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, según la cual: *Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución.* (...). En tal contexto, el carácter vinculante de las decisiones judiciales se encuentra establecido en el artículo 4 del Decreto Supremo 017-93-JUS, TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial que establece: *Toda persona y autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales o de índole administrativa, emanadas de autoridad judicial competente, en sus propios términos, sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo la responsabilidad civil, penal o administrativa que la ley señala. Ninguna autoridad, cualquiera sea su rango o denominación, fuera de la organización jerárquica del Poder Judicial, puede avocarse al conocimiento de causas pendientes ante el órgano jurisdiccional. No se puede dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución, ni cortar procedimientos en trámite, bajo la responsabilidad política, administrativa, civil y penal que la ley determine en cada caso.* Ahora bien, en estricto cumplimiento de las normas antes citadas, haremos referencia de manera literal a la Sentencia 026-2011, en ese sentido se puede advertir lo siguiente: Se aprecia de los considerandos primero y segundo de la sentencia que la servidora Vera Espinoza solicitó como una de sus pretensiones, la reposición en su puesto de Técnico Administrativo de la Oficina de Asesoría Jurídica de la Municipalidad Distrital de Sachaca, extremo que fue establecido por el Juez de la causa como uno de los puntos controvertidos. En el primer párrafo del considerando cuarto: **"Respecto al primer punto controvertido se ha acreditado que la demandante venía laborando para municipalidad demandada en calidad de técnico administrativo, tal como se desprende de las boletas que obran de fojas cuatro a fojas quince, siendo que aparece expresamente consignado dicho cargo en las boletas de pago que van de fojas diez a quince, y considerando que en las anteriores boletas aparecen los mismos conceptos y montos de pago".** En el primer párrafo del considerando quinto: **"De otro lado se verifica que la actividad que desarrollaba la actora era una labor de carácter permanente, pues en su calidad de técnico administrativo ha desempeñado varias funciones de acuerdo al nivel que ostentaba y según las designaciones y encargaturas dispuestas por sus superiores en la Municipalidad demandada (...)** En el considerando décimo segundo: **"En cuanto al primer punto controvertido (segunda parte) y la pretensión de la demandante de ser repuesta en su puesto de trabajo, al resultar ineficaces las Resoluciones emitidas por la Municipalidad demandada, no pueden tener efecto alguno procediendo la reposición de la demandante en el puesto de trabajo que venía desempeñando o en otro similar en su condición de técnico administrativo conforme a los derechos señalados por la Ley."** En el fallo: **"(...)"** Ordeno que la Municipalidad Distrital de Sachaca proceda a la reincorporación de la demandante en el puesto que venía desempeñando o en otro similar con los derechos inherentes establecidos por la Ley para el mismo, lo que incluye la remuneración que venía percibiendo" (...). De lo anterior, si bien la demandante se hallaba laborando en la actividad pública, bajo las normas del Decreto Legislativo 276, en opinión de esta Gerencia y siguiendo lo expuesto en los Informes 363-2015-ARH-MDS, 178-2015-MDS-GAJ y la Carta N°129-2015, es claro que la servidora tiene la calidad de contratada permanente como TECNICO ADMINISTRATIVO (este es su grupo ocupacional) y que ha laborado como ENCARGADA de la Unidad de Asesoría Jurídica y Procuraduría Municipal, **de igual modo, del fallo de la sentencia se tiene que se ordenó a la Municipalidad que se proceda con la reincorporación de la demandante en el puesto que venía desempeñando o en OTRO SIMILAR,** siendo que tal reposición debió realizarse en armonía con la pretensión de la demandante, la cual fue ser repuesta como Técnico Administrativo de la Oficina de Asesoría Jurídica de la Municipalidad Distrital de Sachaca y el considerando décimo segundo de la misma sentencia, según el cual debe procederse a **" (...)** la reposición de la demandante en el puesto de trabajo que venía desempeñando en otro similar en su condición de técnico administrativo conforme a los derechos señalados por la Ley". Ahora bien, el último párrafo del artículo 9 del Decreto Legislativo 276, establece que: **" (...)** la sola tenencia de título, diploma, capacitación o experiencia no implica pertenencia al Grupo Profesional o Técnico, si no se ha postulado expresamente para ingresar en él. (...). Lo que está en concordancia con el artículo 21 del Decreto Supremo N° 005-90-PCM, según el cual **Para pertenecer a un grupo ocupacional no basta poseer los requisitos establecidos sino postular expresamente para ingresar en él.** Asimismo, debe



advertirse que de acuerdo al artículo 23 del Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Los cargos son los puestos de trabajo a través de los cuales los funcionarios y servidores desempeñan las funciones asignadas. Asimismo, el artículo 82 del Decreto Supremo N° 005-90-PCM, establece que en tanto, el encargo es temporal excepcional y fundamentado. Sólo procede en ausencia del titular para el desempeño de funciones de responsabilidad directiva compatibles con niveles de carrera superiores al del servidor. En ningún caso debe exceder el período presupuestal. En ese sentido, la servidora fue repuesta en el grupo ocupacional TECNICO ADMINISTRATIVO, plaza a la que ingresó a laborar en esta Municipalidad, siendo irrelevante su condición de abogada y/o el haber estado encargada en diferentes unidades orgánicas, dado que ello no implica cambio y/o modificación de su grupo ocupacional. Por otro lado, si bien la labor de encargada en la Unidad de Asesoría Jurídica y Procuraduría Municipal es compatible con niveles de carreras superiores al de la servidora como es el de Profesional, al ser dicha encargatura temporal y excepcional, es claro que la servidora no se encuentra en el grupo ocupacional de profesional P4 por el sólo hecho de haber desempeñado tal encargatura en el momento de cese laboral. Por otro lado, y a mayor abundamiento, debemos señalar que en la Sentencia N° 026-2011, consta que una de las pretensiones de la servidora fue lograr su reposición en su puesto de Técnico Administrativo de la Oficina de Asesoría Jurídica de la Municipalidad Distrital de Sachaca (considerados primero y segundo). Asimismo, conforme se ha expuesto en el fallo de la sentencia, se ordenó a la Municipalidad, se proceda con la reincorporación de la demandante en el puesto que venía desempeñando o en OTRO SIMILAR, siendo ello así se le reincorpora en su condición de TECNICO ADMINISTRATIVO, conforme a los derechos señalados por la ley (considerando décimo segundo). Analizando los argumentos de la servidora, es contradictorio, que en el proceso judicial en el que se emite la Sentencia N° 026-2011 haya pretendido su reposición como Técnico Administrativo y que mediante los escritos 9224 y 7612 solicite ser incorporada al Grupo Ocupacional Profesional P4 y recibir la remuneración pertinente. Consideramos pertinente mencionar que el Informe Técnico N° 166-2015-SERVIR/GPGSC de fecha 10 de Noviembre del 2015, ha señalado: 2.8. La Entidad que ejecuta la reincorporación por mandato judicial de un servidor cesado tiene el deber de hacerlo bajo las mismas condiciones en las que se desenvolvía la relación laboral antes de la actuación irregular que derivó en el cese. El mandato de restitución de las condiciones de trabajo anteriores al cese tiene que ejecutarse en consonancia con la sentencia expedida, de modo que los actos practicados por la entidad no puedan considerarse como una forma de incumplimiento de la decisión judicial o una nueva afectación a los derechos laborales del servidor. 3.1. La reincorporación ordenada judicialmente debe efectuarse en el nivel y/o categoría remunerativa que disponga el juez, salvo que este no lo especifique expresamente, en cuyo caso se debe realizar en el mismo nivel y/o categoría que tenía el servidor antes del cese. Siendo así, nos apartamos de los criterios expuestos por el asesor externo Abogado Walther Paz Valderrama en la medida que indebidamente se ha calificado el contenido e interpretado los alcances de la Sentencia N° 026-2011, vulnerándose lo prescrito en el artículo 4 del Decreto Supremo 017-93-JUS. Por otro lado, se coincide únicamente en el extremo que señala que: "no se le está reconociendo que ha adquirido el nivel administrativo de "Profesional 3", porque ella nunca ingresó por concurso público a la Municipalidad para que tenga el derecho de encontrarse en dicho nivel (...)" En mérito a lo establecido en los numerales 2.4, 2.5, 2.6 y 2.7, esta Gerencia es de la opinión que la Resolución de Alcaldía N° 355-2018-MDS incurre en la causal de nulidad establecida en los numerales 1 y 2 del artículo 10 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Ello por cuanto incumple el Principio de Legalidad establecido en el literal d) del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú y regulado en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444 y no reúne los requisitos exigidos en los artículos 3, 5 y 6 de la misma norma. En ese contexto, en opinión de esta Gerencia no se cumple con los siguientes requisitos del acto administrativo: **1. Competencia.**-Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión. **2. Objeto o contenido.** - Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación. **4. Motivación.** - El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico. Por lo anterior, debería declararse la nulidad de oficio de la Resolución de Alcaldía N° 355-2018-MDS de fecha 07 de Diciembre del 2018, para ello debe seguirse el procedimiento establecido en el artículo 202 de la Ley N° 27444, en los siguientes términos: 202.1 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. Habiéndose advertido que la Resolución de Alcaldía N° 355-2018-MDS incurre en las causales de nulidad establecidas en los numerales 1 y 2 del artículo 10 de la Ley N° 27444, dado que no cumple con el Principio de Legalidad y tampoco reúne todos los requisitos de validez de los actos administrativos. Se debe valorar que el incumplimiento de los requisitos de validez está directamente relacionado al Principio del Debido Procedimiento, previsto en el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el numeral 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, en el numeral 1.2. del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444. Al respecto, la doctrina y jurisprudencia nacional sostienen que el debido proceso no solo constituye un principio aplicable a quienes ejercen función jurisdiccional, sino también un derecho fundamental. En esa medida, el debido proceso comparte el doble carácter de los derechos fundamentales. Por un lado, constituye un derecho subjetivo, que resulta exigible por todas las personas; y por otra parte, un derecho objetivo, dado que contiene una dimensión institucional que lleva implícito los fines sociales y colectivos de justicia. (Guía práctica sobre la aplicación del Principio -Derecho del Debido Proceso en los Procedimientos Administrativos, Ministerio de Justicia y Derechos



Humanos, Primera Edición, Lima 2013, Pág. 12). Por lo tanto, consideramos que si existe un acto que eventualmente contraría norma legal, ese acto compromete el interés público, como en el caso que nos ocupa. **Asimismo, respecto a la competencia del órgano emisor de la Resolución de Alcaldía N° 355-2018-MDS**, debe considerarse que si bien el numeral 6 del artículo 20 de la Ley Orgánica de Municipalidades Ley 27972, establece que constituye atribución del alcalde "Dictar decretos y resoluciones de alcaldía, con sujeción a las leyes y ordenanzas", es claro que tal atribución debe ser ejercida conforme a leyes y ordenanzas. En este contexto, nos referimos concretamente a que dicha Resolución debió ser emitida de conformidad a la Ordenanza Municipal N° 019-2015-MDS, ROF de esta institución, la que en el segundo párrafo de la tercera disposición complementaria y final establece: Atribúyase la competencia al Sub Gerente de Recursos Humanos, para resolver en primera instancia todos los asuntos laboral-administrativos. Desconciéntese en el Gerente Municipal la competencia para resolver en segunda y última instancia administrativa todos los asuntos resueltos en primera instancia por la demás Gerencias y en la Gerencia de Administración Financiera para resolver en segunda y última instancia administrativa todos los asuntos resueltos en primera instancia por la Subgerencia de Recursos Humanos. Entonces, lo solicitado mediante el escrito N° 7612 de fecha 12 de Octubre del 2018, debió ser atendido en primera instancia mediante una Resolución emitida por el Subgerente de Recursos Humanos; siendo así, en opinión de esta Gerencia, debe declararse también la nulidad de la Resolución de Alcaldía N° 355-2018-MDS, por haber sido emitida por órgano incompetente y al estar vigente el plazo para tal acción. Estando a lo expuesto, Gerencia de Asesoría Jurídica tiene las siguientes opiniones: El pedido de la servidora Evelin Alida Vera Espinoza no resultaba procedente, por lo tanto la Resolución de Alcaldía N° 355-2018-MDS, de fecha 07 de Diciembre del 2018 que declara fundado su pedido, incurre en las causales de nulidad establecidas en los numerales 1 y 2 del artículo 10 de la Ley N° 27444, dado que no cumple con el Principio de Legalidad y tampoco reúne todos los requisitos de validez de los actos administrativos. Se debería iniciar el procedimiento de nulidad de oficio de la Resolución de Alcaldía N° 355-2018-MDS, conforme el artículo 202 de la Ley N° 27444, precisándose que de manera previa debe notificarse a la servidora, otorgándosele un plazo no menor de (5) cinco días para que pueda ejercer su derecho de defensa. Se recomienda pedir opinión al asesor externo de la Municipalidad.

Que, mediante el Informe N° 109-2019-ALE-MDSachaca Asesoría Legal Externa señala que con el Informe N° 45-2019/MDS/GAJ, emitido por la Gerencia de Asesoría Jurídica, se ha concluido en que la Resolución de Alcaldía N° 355-2018-MDS, emitida el 7 de Diciembre de 2018, por la que se reconoció nivel remunerativo de Profesional 3 a la servidora Evelin Alida Vera Espinoza adolece de nulidad. Esta Asesoría coincide plenamente con lo expuesto en el referido informe considerando principalmente que: El ingreso a la Carrera Administrativa se hace por el nivel inicial de cada grupo ocupacional conforme el artículo 13 de la Ley de Bases, concordante con el artículo 6 del Reglamento Inicial del Decreto Legislativo N° 276 aprobado por D.S. N° 018-85-PCM y el ascenso, según el artículo 16 de la propia Ley, se produce mediante promoción a nivel inmediato superior de su respectivo grupo ocupacional, previo concurso de méritos. Dado que la servidora Evelin Alida Vera Espinoza no ha participado en ningún concurso de méritos (de hecho no ha ingresado a la carrera administrativa mediante concurso), resulta totalmente injustificado que mediante la Resolución de Alcaldía emitida en los últimos días de la gestión anterior se haya modificado su nivel remunerativo. La servidora ha sido repuesta mediante Sentencia N° 026-2011 en vista de que se acreditó que había venido laborando en la Municipalidad Distrital de Sachaca en calidad de técnico administrativo, disponiéndose su reposición *«en el puesto de trabajo que venía desempeñando o en otro similar en su condición de técnico administrativo»*. Finalmente, el que la servidora posea un título profesional no implica que por esa sola circunstancia tenga el derecho a un nivel ocupacional superior, lo cual está expresamente señalado en el artículo 9 de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa. Tampoco se obtiene ese derecho por razón de haber ocupado cargos correspondientes a niveles de carrera superiores, lo que está permitido por el artículo 82 del Reglamento de la Ley de Carrera Administrativa. En consecuencia, esta Asesoría coincide con la Gerencia de Asesoría Jurídica de la Municipalidad en cuanto a que deberá declararse de oficio la Nulidad de la Resolución de Alcaldía N° 355-2018-MDS, al contener los vicios que detalla el artículo 10 de la Ley del Procedimiento Administrativo General en su numerales 1 y 2, esto es, haber sido emitida en clara contravención de las normas contenidas en la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y su Reglamento y carecer de un requisito esencial para la validez de la decisión, esto es, que la servidora haya alcanzado el nivel dentro de un concurso de méritos.

Que, mediante el Escrito con N° de Registro 3963-2019 la servidora Evelin Alida Vera Espinoza, señala que, en mérito a que se pretende declarar la nulidad de oficio de la Resolución de Alcaldía N° 355-2018-MDS, absuelve o realiza descargo al Oficio N° 167-2019-ALC-MDS del Despacho de Alcaldía que contiene el Informe N° 45-2019/MDS/GAJ de Gerencia de Asesoría Jurídica, pidiendo que se tenga por absuelto el trámite de la nulidad, a efecto que en su momento la Resolución sea ratificada y ejecutada.

Que, mediante el Informe N° 157-2019/MDS/ GAJ Gerencia de Asesoría Jurídica señala que en la Sentencia de Casación N° 2266-2004-PUNO, la Corte Suprema de Justicia señala que para que la Administración Pública ejercite su facultad de declarar de oficio un acto administrativo, conforme al artículo 202° de la Ley N° 27444, es necesario que lo realice respetando el procedimiento preestablecido, esto es, el regulado en el artículo 104° del mismo dispositivo legal que regula el procedimiento iniciado de oficio, siendo esto así, debe precisarse que esta Administración ha observado en el presente procedimiento los extremos de tal artículo. En buena cuenta, la nulidad de oficio como su nombre lo indica constituye uno de los tres mecanismos de revisión de oficio previstos en la Ley del Procedimiento Administrativo General, los otros dos lo constituyen la rectificación de errores materiales establecida en el artículo 201 que permite corregir los errores de redacción o de cálculo incurridos en la emisión de los actos administrativos y la revocación prevista en el artículo 203

como una potestad que genera la extinción de actos administrativos con fundamento en razones de oportunidad, merito o conveniencia por causa de interes publico. Son argumentos de la servidora involucrada, los siguientes: a) ***El término técnico administrativo no se encuentra en la parte resolutive de la Sentencia 26-2011, por lo que en el entendido que se pretende interpretar una sentencia judicial, lo cual está prohibido por el artículo 4 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial, deberá tomarse la interpretación establecida en el inciso 3) de la Constitución Política del Perú, respecto a que en la relación laboral se respetan los siguientes principios 3. Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma.*** Como se ha sostenido en el Informe N° 45-2019-GAJ-MDS, la reposición debió realizarse en armonía con la pretensión de la demandante, la cual fue repuesta como Técnico Administrativo de la Oficina de Asesoría Jurídica de esta Municipalidad y el considerando décimo segundo de la misma sentencia, según el cual debe procederse a " (...) ***la reposición de la demandante en el puesto de trabajo que venía desempeñando en otro similar en su condición de técnico administrativo conforme a los derechos señalados por la Ley***". Respecto al Principio de interpretación favorable al trabajador, el Tribunal Constitucional en el Pleno Jurisdiccional 008-2005-PI/TC ha establecido, lo siguiente: La noción de duda insalvable debe ser entendida como aquella que no puede ser resuelta por medio de la técnica hermenéutica. El principio *indubio pro operario* sea aplicable cuando exista un problema de asignación de significado de los alcances y contenido de una norma. Ergo, nace de un conflicto de interpretación, mas no de integración normativa. La noción de "norma" abarca a la misma Constitución, los tratados, leyes, los reglamentos, los convenios colectivos de trabajo, los contratos de trabajo, etc. El Tribunal Constitucional considera que la aplicación del referido principio está sujeta a las cuatro consideraciones siguientes: -Existencia de una norma jurídica que, como consecuencia del proceso de interpretación, ofrece varios sentidos. -Imposibilidad lógico-axiológica de dirimir esta duda mediante la utilización de cualquier método de interpretación admitido como válido por el ordenamiento nacional. - Obligación de adoptar como sentido normativo a aquel que ofrece mayores beneficios al trabajador. -Imposibilidad del operador de integrar la norma, ya que el principio no se refiere a suplir la voluntad de este, sino a adjudicarle el sentido más favorable al trabajador. Siguiendo lo expuesto por el Tribunal Constitucional, debe valorarse que la Sentencia N° 026-2011, no constituye per se una norma susceptible de interpretación (más aún si existe la prohibición que la misma servidora invoca). En este caso, tampoco se reúnen las cuatro consideraciones establecidas por el TC para la aplicación del principio. A ello se agrega que la doctrina ha señalado que "El principio de *indubio pro operario* tiene un reducido marco de actuación: ***solamente en caso de duda insalvable sobre la interpretación de una norma, se debe escoger por aquella que favorece al trabajador.*** Por tanto, cuando se discute sobre la valoración de pruebas en un proceso judicial, cuando se debe brindar una solución concreta en caso de ausencia de normas, cuando el empleador o el Estado suprimen o reducen un beneficio o cuando el trabajador acepta una condición menos ventajosa que la prevista legalmente, estamos fuera del alcance del principio de *indubio pro operario*. De pronto en los casos mencionados, se podría aplicar principios y reglas basadas en el principio protector del Derecho Laboral pero no el principio *pro operario*" La Constitución Comentada, Tomo I, Gaceta Jurídica, Primera Edición 2005 pág. 562. Por otra parte, en el Informe Técnico N° 1029-2015-SERVIR/GPGS, aun cuando no es vinculante, se ha meritado respecto al principio contenido en el numeral 3 del artículo 26 de la Constitución que, como todo principio, se aplica en caso de vacío normativo o cuando por defecto de la norma se debe recurrir a la interpretación". (...) Asimismo, "Se debe tener presente que de acuerdo a los criterios desarrollados por Tribunal Constitucional en el caso Huatuco Huatuco, la posibilidad de aplicar preceptos laborales propios del sector privado en la Administración Pública debe llevarse a cabo en armonía con los demás principios de rango constitucional que salvaguardan los intereses generales intrínsecos al ejercicio de la función pública (como por ejemplo los principios presupuestales). Ahora bien, el probable error en que ha incurrido el juzgador al no señalar en la parte resolutive de la sentencia lo que está expresamente consignado en el considerando décimo segundo de la misma, no puede dar lugar a la interpretación favorable a favor de la recurrente. Siendo así, lo expuesto por la servidora no enerva el análisis efectuado por este Despacho y por el Asesor Externo de esta Municipalidad. b) ***Que no es cierto que venía laborando en la municipalidad en calidad de técnico administrativo y que ha laborado como encargada de asesoría legal y procuraduría pública, lo que se desprende de manera clara del último contrato de trabajo en el cual se le contrata para ocupar específicamente el cargo de jefe de asesoría jurídica y procuraduría pública, lo cual se formalizó con la RA. 421-2006-MDS, de la lectura de la misma se concluye que es una designación no encargatura. Que siguiendo lo establecido en el expediente 4094-2004 cabe precisar que el termino encargo es temporal, excepcional y fundamentado. Solo procede en ausencia del titular, en el caso de la Municipalidad, de acuerdo al Principio de Primacía de la Realidad, no existía titular de la plaza de asesoría jurídica, se excedió el periodo presupuestal (Se prolongó hasta el 2007) por lo que la supuesta encargatura es una designación, (de modo no concluyente la servidora hace referencia a que la denominada encargatura se ha desnaturalizado debiendo considerarse como designación).*** Del informe 45-2019-GAJ-MDS, ***es contradictorio*** que la servidora en el proceso judicial en el que se emite la Sentencia 026-2011 haya pretendido su reposición como Técnico Administrativo, condición que queda claramente establecida en el considerando décimo segundo de la Sentencia citada, que mediante los escritos 9224 y 7612 solicite ser incorporada al Grupo Ocupacional Profesional P4 y recibir la remuneración pertinente. Y que por otra parte ahora argumente que "no venía laborando en calidad de técnico administrativo". En esa línea, también es cuestionable la referencia de la servidora a que venía laborando como encargada de asesoría legal y procuraduría pública, según su último contrato de trabajo para finalmente afirmar que la supuesta encargatura es una designación. Al respecto de la simple lectura de la Sentencia N° 026-2011, si bien en los considerandos cuarto y quinto se ha valorado la encargatura de



la Unidad de Asesoría Jurídica y Procuraduría Pública, la cual es regularizada posteriormente por la Resolución de Alcaldía N° 421-2006-MDS, no existe en la sentencia aludida pronunciamiento expreso y concluyente sobre si la encargatura se ha desnaturalizado; de manera opuesta los considerandos cuarto y quinto (primer párrafo) y décimo segundo establecen categóricamente que: Se ha acreditado que la demandante venia laborando para municipalidad demandada en calidad de técnico administrativo (...) procediendo la reposición de la demandante en el puesto de trabajo que venia desempeñando o en otro similar en su condición de técnico administrativo conforme a los derechos señalados por la Ley. Debe entenderse -al no haber consignado la recurrente mayor detalle-, que está haciendo referencia a la sentencia recaída en el Exp. N° 4094-2004-AC/TC, pronunciamiento que por una parte no es vinculante y que por otra no contiene la materia discutida en el presente, por lo que su aplicación sería inocua e impertinente. Asimismo, es claro que el pronunciamiento respecto a la desnaturalización o no de la encargatura le corresponde al órgano jurisdiccional, por lo que esta Administración no está legitimada para pronunciarse sobre el particular. En tal contexto lo sostenido por la servidora en este ítem tampoco desvirtúa los informes de esta Gerencia y del asesor externo. **c) Que forzando la interpretación, se ha ordenado la reposición de la demandante en el mismo puesto u otro similar y con el mismo sueldo que venia percibiendo, se ordenó la reposición de la recurrente como técnico administrativo con el sueldo de profesional como se ha demostrado con la Resolución que aumento el sueldo a la recurrente.** A criterio de esta Gerencia, la servidora fue repuesta en el grupo ocupacional TECNICO ADMINISTRATIVO, plaza a la que ingresó a laborar en esta Municipalidad, siendo irrelevante su condición de abogada y/o el haber estado encargada en diferentes unidades orgánicas, dado que ello no implica cambio y/o modificación de su grupo ocupacional. Por otro lado, si bien la labor de encargada en la Unidad de Asesoría Jurídica y Procuraduría Municipal es compatible con niveles de carreras superiores al de la servidora como es el de Profesional, al ser dicha encargatura temporal y excepcional, es claro que la servidora no se encuentra en el grupo ocupacional de profesional P4 - P3 por el sólo hecho de haber desempeñado tal encargatura en el momento de cese laboral. De allí que no tenga sustento lo sostenido por la servidora. **d) En cuanto a que la Resolución debió ser dada o emitida por personal, esto no es causa de nulidad atribuible a la recurrente, en todo caso es la Sub Gerencia de Recursos Humanos la que deberá indicar el motivo por el cual remitió el expediente para que se emita una Resolución de Alcaldía; además que la Ordenanza en la cual se faculta a esta subgerencia la emisión de resoluciones, no inhabilita al titular del pliego a emitir las mismas en claro uso de sus atribuciones como máxima autoridad, por lo que nuevamente deberá hacerse aplicación de la norma más favorable al trabajador.** Respecto a la aplicación de la norma más favorable al trabajador, debe valorarse lo expuesto en el literal A del presente Informe, precisándose que dicho principio no le alcanza a la servidora. Ahora bien, considerando que lo que se pretende es la nulidad de oficio de la Resolución de Alcaldía N° 355-2018-MDS, debe citarse al prestigioso autor Juan Carlos Morón Urbina, quien ha sostenido que son condiciones para la invalidación las siguientes: 1. Que el acto haya sido emitido, aun cuando sea firme. 2. **La causa de la invalidación es que el acto administrativo sea contrario a derecho por acción de la propia administración pública** o por acción del administrado, por lo que debe encontrarse en alguna de las causales del artículo 10 del TUO de la Ley N° 27444. 3. Que su subsistencia agrave el interés público o lesione derechos fundamentales, es la exigencia de motivación del acto anulatorio, que tiende a evitar que esta medida se torne indebidamente contra los derechos e intereses de los administrados. **No se trata solamente de que el acto sea ilegal, sino que en el caso concreto debe tener un plus, esto es, que su vigencia conlleve por sus efectos agravio al interés público. Por ejemplo afectar al erario estatal, al patrimonio público, al medio ambiente, etc.** En caso existir un acto administrativo ilegal, pero que no conlleve agravio al interés público, no podrá ser objeto de nulidad de oficio. De lo anterior, esta Gerencia reitera que la Resolución de Alcaldía N° 355-2018-MDS incurre en las causales de nulidad previstas en los numerales 1 y 2 del artículo 10 de la Ley N° 27444, al haber sido emitida en contravención de las normas contenidas en la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y su reglamento y carecer de un requisito esencial para la validez de la decisión, esto es que la servidora haya alcanzado el nivel dentro de un concurso de méritos; siendo así, vulnera el Principio de Legalidad, además en su emisión se ha conculcado el debido procedimiento (recuérdese que era la Subgerencia de Recursos Humanos la que debió resolver en su oportunidad el escrito N° 7612), por lo que en definitiva no reúne todos los requisitos de validez de los actos administrativos. **Nos encontramos ante un acto administrativo contrario a derecho, siendo que la causal de invalidación se ha producido en buena parte por el propio accionar de la Municipalidad;** ello dado que, el procedimiento que dio lugar a la emisión de la Resolución cuestionada se encuentra claramente viciado, por cuanto como ya se ha dicho, no ha existido un pronunciamiento / acto administrativo emitido por la Subgerencia de Recursos Humanos que haya resuelto en su oportunidad lo solicitado por la servidora mediante escrito N° 7612, es decir no se ha respetado lo establecido en la Ordenanza Municipal N° 019-2015-MDS, la cual es una norma con rango de Ley. Siendo así, el razonamiento de la servidora es errado, al sostener que el titular del pliego no se encuentra inhabilitado para emitir resoluciones, por cuanto dicha atribución está limitada por ejemplo por los Principios de Legalidad y Debido Procedimiento, ello se desprende del artículo 38 de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, según el cual: El ordenamiento jurídico de las municipalidades está constituido por las normas emitidas por los órganos de gobierno y administración municipal, de acuerdo al ordenamiento jurídico nacional. **Las normas y disposiciones municipales se rigen por los principios de exclusividad, territorialidad, legalidad y simplificación administrativa, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del derecho administrativo.** Por último, la Resolución cuestionada debe ser declarada nula por no reunir razones que obedecen al orden público, dado que, continuar con el reconocimiento del nivel remunerativo P3 a favor de la servidora, incide directamente en el destino que se le brinda a fondos públicos de la Municipalidad, afectándose indebidamente los mismos. **e) Es cierto que no ingrese por**



concurso, como lo hicieron todos los contratados permanentes, la resolución materia de nulidad no reconoce a la recurrente en el grupo ocupacional profesional 3, solo reconoce el nivel remunerativo como el de un profesional 3, mal hace asesoría jurídica en indicar que el solo ostentar título profesional no implica que por esa sola circunstancia debe ser incorporada en el grupo ocupacional profesional. Al respecto, es claro que la servidora no ha ingresado por concurso, por lo que siguiendo el Informe N° 109-2019-ALE-MDSachaca resulta totalmente injustificado que mediante la Resolución de Alcaldía cuestionada se haya modificado su nivel remunerativo. Según el Artículo 218 de la Ley N° 27444, 218.1 Los actos administrativos que agotan la vía administrativa podrán ser impugnados ante el Poder Judicial mediante el proceso contencioso-administrativo a que se refiere el artículo 148 de la Constitución Política del Estado. 218.2 Son actos que agotan la vía administrativa: (...) d) El acto que declara de oficio la nulidad o revoca otros actos administrativos en los casos a que se refieren los artículos 202 y 203 de esta Ley; (...) Estando a lo expuesto, esta Gerencia de Asesoría Jurídica tiene las siguientes opiniones: Los argumentos vertidos por la servidora no desvirtúan lo sostenido en los informes N° 45-2019-MDS-GAJ y N° 109-2019-ALE-MDSachaca, se recomienda declarar de oficio la nulidad de la Resolución de Alcaldía N° 355-2018-MDS de fecha 07 de diciembre del 2018, por cuanto dicho acto administrativo contiene: 1). Vicios de nulidad trascendente al haber sido emitido en contravención de los numerales 1 y 2 del artículo 10 de la Ley N° 27444, esto es en contravención de las normas contenidas en la Ley de Bases de la Carrera administrativa y su reglamento y carecer de un requisito esencial para la validez de la decisión, esto es que la servidora haya alcanzado el nivel dentro de un concurso de méritos, siendo así vulnera el Principio de Legalidad; 2). Además en su emisión se ha conculcado el debido procedimiento (recuérdese que era la Subgerencia de Recursos Humanos la que debió resolver en su oportunidad el escrito N°7612), por lo que en definitiva no reúne todos los requisitos de validez de los actos administrativos; 3). Finalmente, debe valorarse que, continuar con el reconocimiento del nivel remunerativo P3 a favor de la servidora, incide directamente en el destino que se le brinda a fondos públicos de la Municipalidad afectándose indebidamente los mismos, debiéndose declarar agotada la vía administrativa con la expedición de la Resolución de Alcaldía, en sujeción al artículo 218 de la Ley N°27444.

Estando a las facultades conferidas por la Constitución Política del Perú, la Ley Orgánica de Municipalidades N° 27972 y a la parte considerativa de la presente.

SE RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD DE OFICIO DE LA RESOLUCIÓN DE ALCALDÍA N° 355-2018-MDS POR LA CUAL SE DECLARÓ FUNDADO EL PEDIDO DE LA SERVIDORA EVELIN ALIDA VERA ESPINOZA, EN CONSECUENCIA, SE RECONOCIÓ SU NIVEL REMUNERATIVO COMO "PROFESIONAL 3", ELLO POR LAS CONSIDERACIONES EXPUESTAS.

ARTICULO SEGUNDO: DAR POR AGOTADA LA VIA ADMINISTRATIVA, EN SUJECION AL ARTÍCULO 218 DE LA LEY N° 27444 LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

ARTÍCULO TERCERO: ENCARGAR A GERENCIA MUNICIPAL que se realicen las acciones necesarias para el deslinde de las responsabilidades que correspondan.

ARTICULO CUARTO: PÓNGASE EN CONOCIMIENTO de la servidora Evelin Alida Vera Espinoza, Gerencia Municipal, Gerencia de Administración Financiera y de Sub Gerencia de Gestión de Recursos Humanos.

REGISTRESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE



MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SACHACA

Abog. César Lías Moscoso Rojas
Secretario General



MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SACHACA

Sr. Emilio Díaz Pinto
ALCALDE