Gobierno Regional Moquegua

Resolución de Gerencia General

N° : 0139-2017- GG-PERPG/GR.MOQ

Fecha : Moquegua, 29 de Agosto del 2017

VISTO:

i) el Informe N° 180-2017-OADM-PERPG/GR.MOQ, ii) el Informe N° 239-2017-OADM-PERPG/GR.MOQ, iii) la Resolución N° 048-2017-GG-PERPG/GR.MOQ. de fecha 10/04/2017, iv) el Informe Legal N° 165-2017-OAJ/PERPG, v) Informe N° 065-2017- GMDH /OAJ/PERPG/GRM y,

CONSIDERANDO:

Que, el Proyecto Especial Regional Pasto Grande - PERPG, es un organismo creado por D.S. Nº 024-87-MIPRE como órgano desconcentrado del INADE, y por D. S. Nº 033-2003-VIVIENDA es transferido al Gobierno Regional de Moquegua, incorporándose a la estructura orgánica de éste último por Ordenanza Regional Nº 004-2004-CR/GRM, y a través de la R.E.R N° 018-2005 de fecha 12 de enero del 2005, se crea la Unidad Ejecutora 002 Proyecto Especial Regional Pasto Grande, siendo que en virtud de lo dispuesto en el Art. 110° del vigente R.O.F. del Gobierno Regional Moquegua aprobado por Ordenanza Regional N° 011-2013-CR/GRM, goza de autonomía económica y administrativa, dentro del Pliego del Gobierno Regional de Moquegua;

Que, en mérito al contrato de trabajo modal sujeto a servicio específico N° 078-2016, el Abogado Henry Mamani Bautista inició su vínculo laboral con el PERPG el 01/03/2016 desempeñando inicialmente el cargo de Especialista en Abastecimientos, y posterior a ello, mediante contrato de trabajo modal sujeto a servicio específico N° 129-2016, dicho servidor desempeñó desde el 20/04/2016 el cargo de Abogado Especialista en Gestión Pública y temas de Contrataciones del Estado, vínculo laboral que fuera ampliado mediante el contrato de trabajo modal sujeto a servicio específico N° 195-2016 en virtud del cual se prolongó desde el 20/07/2016 hasta el 31/12/2016 el vínculo laboral del servidor antes mencionado en el cargo de Abogado Especialista en Gestión Pública y temas de Contrataciones del Estado; posteriormente a ello, mediante contrato de trabajo modal sujeto a servicio específico N° 004-2017 del 02/01/2017, se contrató laboralmente al servidor antes referido, desde la fecha antes mencionada hasta el 31/03/2017 para que desempeñe el cargo de Abogado 01 en la Oficina de Asesoría Jurídica del PERPG, siendo que en mérito a contrato de trabajo a plazo indeterminado del 31/03/2017 se contrató laboralmente al servidor antes referido para que desempeñe de forma indeterminada desde el 01/04/2017 el cargo de Abogado 01 en la Oficina de Asesoría Jurídica del PERPG;

Que, mediante Resolución de Gerencia General N° 048-2017-GG-PERPG/GR.MOQ del 10/04/2017, el Gerente General del PERPG resolvió, entre otros, el Designar al abogado Henry Mamani Bautista en el cargo de Asesor de Gerencia General del PERPG a partir de dicha fecha, con la respectiva reserva de plaza de origen;

Que, entre los considerandos de la antes referida Resolución, y específicamente en cuanto a la reserva de plaza de origen, se *señaló "Que en ese sentido, la Gerencia General a través del Memorándum N° 215-2017-GG-PERPG/GR.MOQ de fecha 10 de abril de 2017 ha dispuesto que estando vigente el vínculo laboral del servidor abogado Henry Mamani Bautista - como Abogado 1 en la Oficina de Asesoría Jurídica– con el Proyecto Especial Regional Pasto Grande, de conformidad con el Informe Legal N° 150-2009-ANSC/OAJ de SERVIR, un servidor puede tener un nivel o categoría remunerativa incorporada en su esfera patrimonial y temporalmente (por encargo o designación) asumir un cargo de confianza en la misma o en otra entidad, sin perder su nivel de origen; en mérito a ello se designa al abogado Henry Mamani Bautista en el cargo de Asesor de Gerencia General del PERPG a partir del 10 de abril de 2017 con la respectiva reserva de plaza N° 11 del Presupuesto Analítico de Personal en la Oficina de Asesoría Jurídica aprobado por Resolución de Gerencia General N° 051-2013-GG-PERPG/GR.MOQ ., mientras dure la designación en el cargo de confianza de Asesor de Gerencia; y una vez finalizada ésta, el servidor Henry Mamani Bautista, deberá reasumir las funciones del nivel y plaza de origen que le corresponde…"*;

Que, la figura denominada "*Reserva de Plaza*", concedida mediante Resolución de Gerencia General N° 048-2017-GG-PERPG/GR.MOQ en favor del servidor Abog. Henry Mamani Bautista, es una figura del derecho laboral que no se encuentra prevista ni reconocida en el régimen laboral de la actividad privada, régimen bajo el cual se regulan las relaciones laborales de los trabajadores del PERPG, por lo que, existiendo un vacío normativo y/o deficiencia de las fuentes normativas, vale decir, inexistencia de normas, que regulen el supuesto y/o figura de la *"Reserva de Plaza"* en el régimen laboral de la actividad privada, y siendo el PERPG una entidad pública, unidad ejecutora integrante al interior de un Gobierno Regional, que también se sujeta las normas comunes del derecho público, al amparo de lo dispuesto en el art. VIII del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General que establece "*Las autoridades administrativas no podrán dejar de resolver las cuestiones que se les proponga, por deficiencia de sus fuentes; en tales casos, acudirán a los principios del procedimiento administrativo previstos en esta Ley; en su defecto, a otras fuentes supletorias del derecho administrativo, y sólo subsidiariamente a éstas, a las normas de otros ordenamientos que sean compatibles con su naturaleza y finalidad"*, se ha aplicado en forma supletoria la figura de la *"Reserva de Plaza"* prevista en el régimen laboral del sector público estatal, para la relación laboral del servidor del PERPG Abog. Henry Mamani Bautista, regulada según el régimen laboral de la actividad privada;

Que, en el Manual Normativo de Personal N° 002-92-DNP *"Desplazamiento de Personal"* aprobado por Resolución Directoral N° 013-92-INAP-DNP, se ha previsto el supuesto de hecho en que se aplicará la figura de la *"Reserva de Plaza"* para el caso de la Designación de un servidor público para el desempeño de un cargo de confianza, como fue el caso de la Designación del servidor Abog. Henry Mamani Bautista para el cargo de confianza de Asesor de Gerencia General, estableciéndose expresamente en el num. 3.1.3 del Manual Normativo antes referido que *"El servidor de carrera designado para desempeñar un cargo de confianza al término de la designación reasume las funciones del nivel que le corresponde para lo cual deberá reservarse su plaza de carrera…"*, norma que es concordante con las previstas en el art. 14° del D. Leg. 276 y el art. 77° de su Reglamento aprobado por D.S. N° 005-90-PCM, normas antes citada de las que se desprende con suma claridad, que la figura de la *"Reserva*

de Plaza" sólo es aplicable a los servidores de carrera;

Que, respecto de los *"servidores de carrera"*, de lo establecido en el art. 3° del D.S. N° 005-90-PCM *"Reglamento de la Ley de Carrera Administrativa"*, es posible realizar una definición de servidor de carrera, como aquel ciudadano que presta servicio en una entidad pública y que accede o hace *"carrera"* en virtud a su nombramiento, gozando de estabilidad laboral indeterminada, siendo que en virtud de lo dispuesto en el art. 23° de la norma precitada y el art. 5° de la Ley N° 28175 *"Ley Marco del Empleo Público"*, un servidor público adquiere la calidad de *"servidor de carrera"* si ha accedido al empleo público mediante concurso público y abierto: Art. 23° del D.S. N° 005-90-PCM *"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"*, Art. 5° de la Ley N° 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"*, debiendo mencionarse asimismo que dicho concurso púbico y abierto, también se aplica para el caso específico de los servidores de carrera de entidades públicas cuyo régimen laboral se sujeta al D. Leg. 728 régimen de la actividad laboral del sector privado, conforme así lo ha estimado el Tribunal Constitucional en su Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 05057-2013-PA/TC "Rosalía Beatriz Huatuco Huatuco" (sentencia del caso "Huatuco"), fundamentos 9° y 15°;

Que, en el caso específico del servidor del PERPG Abog. Henry Mamani Bautista, de la revisión de sus antecedentes laborales, se tiene que no ha accedido mediante Concurso Público y Abierto, según el art. 5° de la Ley N° 28175 *"Ley Marco del Empleo Público"*, al empleo público en el PERPG y/o a su puesto de trabajo de Abogado 1 de la Oficina de Asesoría Jurídica (materia de reserva de plaza según R.G.G. N° 048-2017-GG-PERPG/GR.MOQ.), de lo cual se desprende que dicho servidor no tiene la calidad de *"servidor de carrera"*, y siendo que la figura legal de la *"Reserva de Plaza"* es una que sólo es aplicable a servidores de carrera, no correspondía que se otorgue tal beneficio al servidor antes mencionado, al no ostentar el mismo tal calidad de *"Servidor de Carrera"*, situación que deja en evidencia que, dicha *"Reserva de Plaza"* otorgada no se ajusta a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico vigente, todo lo contrario, lo trasgrede y/o lo contraviene;

Que, respecto a lo señalado en el tercer párrafo de la parte considerativa de la Resolución de Gerencia General N° 048-2017-GG-PERPG/GR.MOQ., en cuanto se cita un criterio vertido en el año 2009 por el SERVIR mediante Informe N° 150-2009-ANSC/OAJ sobre el tema de reserva de plaza, debe indicarse que el mismo no resulta aplicable al caso del servidor Abog. Henry Mamani Bautista, por cuanto en dicho Informe se establece tal criterio sobre la reserva de plaza pero en referencia a una consulta efectuada respecto a la reserva de plaza de un profesional del Cuerpo de Gerentes Públicos regulado por D. Leg. 1024, tomándose como referencia y base legal para la emisión de dicho Informe al referido D. Leg. 1024, y en específico a su art. 7° *"Incorporación al Cuerpo de Gerentes Públicos"* que establece "*Los postulantes aprobados en el proceso de selección serán incorporados al Cuerpo de Gerentes Públicos y quedarán en situación de disponibilidad para ser asignados a cargos de dirección o gerencia dé las entidades públicas que los soliciten, dentro del régimen especial establecido por la presente norma.(...) Los que estuvieran sujetos a un régimen de carrera de la administración pública, con carácter permanente o, tuvieran vínculo laboral con una entidad pública bajo él régimen laboral de la actividad*

privada, conservarán la opción de retomar a su plaza y régimen de origen dentro del primer año de su incorporación.", siendo claro en consecuencia que, el criterio sobre reserva de plaza vertido mediante Informe N° 150-2009-ANSC/OAJ y aludido en el tercer párrafo de la Resolución de Gerencia General N° 048-2017-GG-PERPG/GR.MOQ., podrá ser aplicado para profesionales servidores del Estado incorporados al Cuerpo de Gerentes Públicos regulado D. Leg. 1024, supuesto éste último que no es el del trabajador y/o servidor Abog. Henry Mamani Bautista;

Que, conforme a lo previsto en los arts. 8° y 3° de la Ley N° 27444 Ley del Procedimiento Administrativo General, el acto administrativo, como es el caso de la Resolución de Gerencia General N° 056-2017-GG-PERPG/GR.MOQ., para su validez, debe cumplir con los requisitos de validez de todo acto administrativo, los cuales son: Competencia, Objeto o Contenido, Finalidad Pública, Motivación y, Procedimiento Regular;

Que, en cuanto al requisito de validez *"Objeto o Contenido"*, previsto en el art. 3°, num. 2°, de la Ley N° 27444, el mismo se halla referido a que el contenido del acto se ajuste a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser tal contenido lícito, preciso, posible física y jurídicamente, debiendo entender por objeto o contenido del acto administrativo a aquello que decide, declara o certifica la autoridad, en ningún caso será admisible un objeto o contenido prohibido por el orden normativo, ni incompatible con la situación de hecho prevista en las normas; ni impreciso, obscuro o imposible de realizar, y asimismo no podrá contravenir en el caso concreto disposiciones constitucionales, legales, mandatos judiciales firmes; ni podrá infringir normas administrativas de carácter general provenientes de autoridad de igual, inferior o superior jerarquía, e incluso de la misma autoridad que dicte el acto, todo ello de conformidad con lo establecido en los num. 5.1, 5.2 y 5.3, del art. 5° de la Ley N° 27444;

Que, en el caso concreto del requisito de validez *"Objeto o Contenido"* comprendido en la parte final del artículo Primero de la Resolución de Gerencia General N° 048-2017-GG-PERPG/GR.MOQ del 10/04/2017, así como en el tercer párrafo de la parte considerativa de dicha Resolución, en dichos extremos de la referida Resolución se vulnera y/o no se cumple con dicho requisito de validez, en tanto que la *"Reserva de Plaza"* que se fundamenta, se declara y se dispone, en dichos extremos de la Resolución en referencia, no se ajusta a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico vigente, por cuanto se configura una situación de hecho presentada respecto del servidor Abog. Henry Mamani Bautista, el mismo que no tiene la calidad de *"servidor de carrera",* que resulta incompatible con el supuesto de hecho previsto para la figura de la *"Reserva de Plaza"* en el num. 3.1.3 del Manual Normativo de Personal N° 002-92-DNP *"Desplazamiento de Personal"* aprobado por Resolución Directoral N° 013-92-INAP-DNP, y los arts. 14° del D. Leg. 276 y art. 77° de su Reglamento aprobado por D.S. N° 005-90-PCM, supuesto de hecho que presupone la aplicación de dicha figura sólo a los servidores de carrera, conforme así se expuesto más ampliamente en considerandos precedentes;

Que, tal vulneración y/o incumplimiento del requisito de validez del acto administrativo, *"Objeto o Contenido"*, comprendido en el tercer párrafo de la parte considerativa de la Resolución de Gerencia General N° 048-2017-GG-PERPG/GR.MOQ del 10/04/2017, como en la parte final del artículo Primero de dicha Resolución, implica que, en dichos extremos de la referida Resolución, se hayan incurrido en causales de Nulidad del Acto Administrativo, previstas en los num. 1° y 2° del art. 10° de la Ley N° 27444, referidos a "1. *La contravención a*

la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias. 2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez," siendo la consecuencia jurídica que se origina por haberse incurrido en tales causales de Nulidad, la Nulidad de Pleno Derecho de dichos extremos de la Resolución de Gerencia General N° 048-2017-GG-PERPG/GR.MOQ del 10/04/2017;

Que, es competencia de la Gerencia General del PERPG, como autoridad emisora de dicho acto administrativo y no sujeta a subordinación jerárquica en el PERPG por ser la máxima autoridad administrativa en la Entidad, y no habiendo prescrito el plazo legal de un (01) año de consentido el acto para ejercer la facultad legal de declaratoria de Nulidad, la declaratoria de Nulidad Parcial de la Resolución de Gerencia General N° 048-2017-GG-PERPG/GR.MOQ del 24/04/2017, únicamente en los extremos referidos al tercer párrafo de la parte considerativa, y la parte final del artículo Primero, de dicha Resolución, en cuanto se fundamentó, se declaró y dispuso la Reserva de Plaza de Origen, ello por ser dichos extremos afectados con Nulidad, plenamente independientes de lo fundamentado, declarado y dispuesto en la parte inicial de dicho artículo Primero de dicha Resolución y del resto de partes resueltas, dispuestas y declaradas, en la Resolución antes citada, , todo ello de conformidad con lo establecido en los arts. 11°, num. 11.2, 13°, num. 13.2, y 202°, num. 202.1, 202.2 y 202.3, de la Ley N° 27444, debiendo procederse a la supresión y modificación de dichos extremos de la referida Resolución, y debiendo proceder a la conservación y/o dejarse subsistentes el resto de extremos de la Resolución antes citada;

Que, en cuanto a la determinación de responsabilidades por los vicios incurridos en la Resolución de Gerencia General N° 048-2017-GG-PERPG/GR.MOQ., resulta necesario se disponga el ponerse en conocimiento de Secretaría Técnica a cargo de los Procedimientos Administrativos Disciplinarios del PERPG, sobre los vicios que originan la Nulidad Parcial a declararse en la presente, a fin que dicho órgano lleve adelante la respectiva investigación preliminar sobre los hechos relacionados a la comisión de dichos vicios, contra las personas que resulten responsables, para posteriormente, conforme a sus atribuciones legales, proceda a efectuar la respectiva Precalificación y consecuente emisión del Informe que contenga la misma, y por el que se recomiende, de ser el caso, los inicios de Procedimientos Administrativos Disciplinarios (PAD) en contra de las personas que pudieren resultar responsables, todo ello según así se encuentra establecido en el num. 13.1 de la Directiva N° 02-2015-SERVIR/GPGSC "Régimen Disciplinario y Procedimiento Sancionador de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil";

Que, por las consideraciones anteriormente expuestas, y en mérito a la Resolución Ejecutiva Regional N° 087-2017-GR/MOQ. del 06.04.2017 que designa al vigente y actual Gerente General del PERPG, así como en ejercicio de las funciones inherentes a éste, previstas en el art. 14° y literal l) del Artículo 15° del vigente Manual de Operaciones del Proyecto Especial Regional Pasto Grande aprobado por Resolución Ejecutiva Regional N° 817-2010-GR.MOQ del 20.09.2010, y art. 08 y literal l) del art. 9° del vigente Manual de Organización y Funciones del PERPG aprobado mediante Resolución Presidencial N° 06-2013-P-CD-PERPG/GR.MOQ, de fecha 27.05.2013;

SE RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Declarar, la Nulidad Parcial de la Resolución de Gerencia General N° 048-2017-GG-PERPG/GR.MOQ del 10/04/2017,

únicamente en los extremos referidos al tercer párrafo de la parte considerativa de la Resolución en referencia, así como la parte final del artículo Primero de dicha Resolución, en cuanto fundamentan, declaran y/o disponen la Reserva de Plaza de Origen del trabajador y/o servidor Abog. Henry Mamani Bautista. En consecuencia, quedan redactados de la siguiente manera sus respectivos textos:

i) Tercer párrafo de la parte considerativa de la Resolución de Gerencia General N° 048-2017-GG-PERPG/GR.MOQ:

"Que, en ese sentido, la Gerencia General a través del MEMORÁNDUM N° 215-2017-GG-PERPG/GR.MOQ de fecha 10 de abril de 2017 ha dispuesto designar al Abog. Henry Mamani Bautista en el cargo de Asesor de Gerencia General a partir del 10 de abril de 2017."

ii) Artículo Primero de la Resolución de Gerencia General N° 048-2017-GG-PERPG/GR.MOQ:

*"**ARTÍCULO PRIMERO**: **DESIGNAR**, al abogado **HENRY MAMANI BAUTISTA** con C.A.A. N° 08680 en el cargo de ASESOR DE GERENCIA GENERAL del Proyecto Especial Regional Pasto Grande, a partir del 10 de abril de 2017."*

ARTÍCULO SEGUNDO: Déjense subsistentes, el resto de los extremos de la Resolución de Gerencia General N° 048-2017-GG-PERPG/GR.MOQ del 10/04/2017, no afectados con la declaratoria de Nulidad Parcial dispuesta en el Artículo Primero de la presente Resolución.

ARTÍCULO TERCERO: Disponer, se ponga en conocimiento de la oficina de Secretaría Técnica a cargo de los Procedimientos Administrativos Disciplinarios del PERPG, sobre los vicios que originan la Nulidad Parcial declarada en la presente, a fin que dicho órgano lleve adelante la respectiva investigación preliminar sobre los hechos relacionados a la comisión de dichos vicios, contra las personas que resulten responsables, para posteriormente, conforme a sus atribuciones legales, proceda a efectuar la respectiva Precalificación y consecuente emisión del Informe que contenga la misma.

ARTÍCULO CUARTO: Remítase copia de la presente Resolución, a la Oficina de Administración, al Especialista en Personal, a la Oficina de Asesoría Jurídica, a la Oficina de Control Interno, así como al trabajador y/o servidor Abog. Henry Mamani Bautista, para sus conocimientos y fines.

REGÍSTRESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

GOBIERNO REGIONAL MOQUEGUA
Proyecto Especial Regional Pasto Grande

ING. JOHAN BRUCE VILCHEZ ZEBALLOS
GERENTE GENERAL