



Resolución de Secretaría General

N°017-2015-SG/MC

Lima, 19 FEB. 2015

Vistos, el recurso de apelación presentado el 9 de enero de 2015 por el señor Antonio Paul Lenín Barboza Tello; y, el Informe N° 104-2015-OGAJ-SG/MC de fecha 17 de febrero de 2015; y,

CONSIDERANDO:

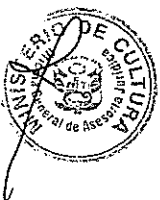
Que, mediante el Oficio N° 081-2010-GG-OA-URH/INC de fecha 23 de febrero de 2010, se comunicó al señor Antonio Paul Lenín Barboza Tello, personal contratado bajo la modalidad de servicios personales sujeto al régimen laboral del Decreto Legislativo N° 276, que dicho contrato no fue renovado para el período del 1 de enero al 31 de marzo de 2010, debido a que no fue solicitado por la Dirección Regional de Cultura de La Libertad;

Que, el señor Antonio Paul Lenín Barboza Tello interpone demanda contencioso administrativa contra el Instituto Nacional de Cultura, Dirección Regional de Cultura del Instituto Nacional de Cultura de La Libertad y el Ministerio de Educación, a fin que se declare la ineficacia del acto contenido en la Carta de fecha 23 de febrero de 2010 por el que se comunica que su contrato ha quedado resuelto por vencimiento de plazo; y en consecuencia, se le reponga en el cargo que desempeña, se le reconozca sus remuneraciones devengadas y todo otro beneficio que de acuerdo a ley le corresponda, así como se le incorpore a la carrera administrativa;

Que, fundamentalmente argumenta que laboró para el Instituto Nacional de Cultura en el cargo de Bailarín Solista I del Ballet desde el 1 de febrero de 1989, desempeñando tal cargo por más de 20 años, por lo que habiendo desarrollado labores de naturaleza permanente por dicho período le corresponde ser incorporado a la carrera administrativa, al haber vencido el plazo máximo de contratación de tres años, conforme lo establece los artículos 39 y 40 del Decreto Supremo N° 005-90-PCM;

Que, mediante Sentencia contenida en la Resolución N° OCHO de fecha 5 de setiembre de 2011, el Quinto Juzgado Transitorio Laboral de Descarga de Trujillo, Expediente N° 1726-2010-0-1601-JR-LA-04, declaró fundada en parte la demanda sobre Proceso Contencioso Administrativo; en consecuencia:

- Declaró la Nulidad del acto administrativo contenido en la carta, signada como Oficio N° 081-2010-GG-OA-URH/INC de fecha 23 de febrero de 2010, mediante el cual se dio por concluido el vínculo laboral del demandante con la entidad demandada;
- Ordenó que el Instituto Nacional de Cultura, en la persona de su representante legal, dentro del plazo de diez (10) días hábiles de notificada, cumpla con lo dispuesto en la Ley N° 24041, reincorporando al demandante en el cargo que venía desempeñando en la ciudad de Trujillo al momento de su cese;
- Infundada la demanda en el extremo que solicita el pago de remuneraciones así como su incorporación en la carrera administrativa; y,



- d) Declaró la extromisión del Ministerio de Educación representado por el Procurador Público de la Procuraduría Pública a cargo de sus Asuntos Judiciales;

Que, con Resolución N° TRECE de fecha 14 de junio de 2012, la Tercera Sala Laboral de la Corte Superior de La Libertad, confirmó la sentencia antes mencionada;

Que, por Acta de Acuerdo de fecha 1 de agosto de 2014 suscrita por la Directora de la Dirección Desconcentrada de Cultura de La Libertad y el señor Antonio Paul Lenín Barboza Tello, se reincorporó a éste último en la Plaza de Instrumentista, nivel remunerativo Artista 3, percibiendo la suma de S/.4 300,00 Nuevos Soles, en la Dirección Desconcentrada de Cultura de La Libertad sujeto al Decreto Legislativo N° 276, puesto que actualmente no se cuenta con el cargo de Bailarín Solista I;

Que, con fecha 18 de setiembre de 2014, el señor Antonio Paul Lenín Barboza Tello manifiesta que se ha cumplido con el mandato judicial de su reincorporación, pero teniendo en consideración el tiempo que ha durado el trámite judicial para su reincorporación, más de cuatro años, durante los cuales no ha percibido sus remuneraciones y demás beneficios que por ley le corresponderían, de no haber ocurrido su despido, que agrega ha sido antijurídico. Motivo por el cual, solicita se le cancelen las remuneraciones que ha dejado de percibir desde el año 2010 hasta el mes de julio de 2014, más intereses y beneficios sociales (compensación por tiempo de servicios, vacaciones truncas, gratificaciones truncas y otros conceptos remunerativos que le correspondan conforme a Ley), para lo cual se deberá de efectuar la respectiva liquidación;

Que, además, señala que según la teoría de la puesta a disposición de la fuerza laboral, se entiende que la prestación principal a cargo del trabajador no es la actividad en sí misma considerada, sino que es la actitud de poner a disposición del empleador la personal fuerza de trabajo. Dicha posición permitiría atribuirle carácter remunerativo a los pagos efectuados en los períodos en los cuales el trabajador se encuentra a disposición de su empleador pero no realiza una prestación efectiva de servicios porque este se lo impide o no lleva a cabo los actos necesarios para el desarrollo de dicha prestación; por lo que habiéndose anulado su despido las remuneraciones dejadas de percibir deben ser reconocidas;

Que, mediante Memorando N° 5048-2014-OGRH-SG-MC de fecha 15 de diciembre de 2014, la Oficina General de Recursos Humanos señala que la solicitud presentada por el señor Antonio Paul Lenín Barboza Tello no procede debido a lo ordenado por la Tercera Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, mediante Resolución N° 13 de fecha 14 de junio de 2012, que declaró infundada la demanda en el extremo que solicita el pago de remuneraciones; y, precisa que la Resolución N° 13 declaró infundada la incorporación del señor Antonio Paul Lenín Barboza Tello a la carrera administrativa, en consecuencia su condición laboral es la de un contratado, por ello tampoco corresponde se le reconozca el pago de beneficios, en aplicación del artículo 48 del Decreto Legislativo N° 276;

Que, con fecha 9 de enero de 2015, el señor Antonio Paul Lenín Barboza Tello interpone recurso de apelación contra el contenido del Memorando N° 5048-2014-OGRH-





Resolución de Secretaría General

N°017-2015-SG/MC

SG-MC, para que se revoque el mismo y reformándolo se estime su solicitud de pago de remuneraciones dejadas de percibir y beneficios no percibidos, teniendo en cuenta que en el Expediente N° 1726-2010 tramitado ante el Poder Judicial, el recurrente ha seguido un proceso contencioso administrativo en el cual se ha declarado la Nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio N° 081-2010-GG-OA-URH/INC de fecha 23 de febrero de 2010, mediante el cual se dio por concluido su vínculo laboral con el Instituto Nacional de Cultura; habiéndose ordenado su reincorporación, la cual se ha cumplido a la fecha;

Que, señala que al expedirse el Memorando N° 5048-2014-OGRH-SG-MC, no se ha tenido en cuenta que para su reincorporación a nivel judicial han transcurrido más de cuatro años durante los cuales no ha percibido sus remuneraciones, a las que hubiera podido acceder de no mediar un despido antijurídico como en su caso ha sucedido;

Que, menciona que según la teoría de la puesta a disposición de la fuerza laboral, se entiende que la prestación principal a cargo del trabajador no es la actividad en sí misma considerada, sino que es la actitud de poner a disposición del empleador la personal fuerza de trabajo. Dicha posición permitiría atribuirle carácter remunerativo a los pagos efectuados en los períodos en los cuales el trabajador se encuentra a disposición de su empleador pero no realiza una prestación efectiva de servicios porque este se lo impide o no lleva a cabo los actos necesarios para el desarrollo de dicha prestación; por lo que, habiéndose anulado su despido las remuneraciones dejadas de percibir deben ser reconocidas;

Que, además, agrega que el hecho de haber sido reincorporado a su trabajo es una evidencia manifiesta que le corresponde desde todo punto de vista que se le pague sus remuneraciones dejadas de percibir desde el año 2010 hasta el mes de julio de 2014, así como sus intereses y beneficios sociales (compensación por tiempo de servicios, vacaciones truncas, gratificaciones truncas y otros conceptos remunerativos que le correspondan conforme a Ley), para lo cual se deberá de efectuar la respectiva liquidación;

Que, en lo que respecta al recurso de apelación presentado por el señor Antonio Paul Lenín Barboza Tello relacionado a la solicitud para que se le pague sus remuneraciones dejadas de percibir desde el año 2010 hasta el mes de julio de 2014, así como sus intereses y beneficios sociales que le pudieran corresponder (compensación por tiempo de servicios, vacaciones truncas, gratificaciones truncas y otros conceptos remunerativos de acuerdo a Ley), cabe señalar que de la revisión del expediente administrativo, se advierte que en el proceso judicial tramitado ante el Quinto Juzgado Transitorio Laboral de Descarga de Trujillo, Expediente N° 1726-2010-0-1601-JR-LA-04, se ha dictado la Sentencia contenida en la Resolución N° OCHO de fecha 5 de setiembre de 2011, que declaró fundada en parte la demanda sobre Proceso Contencioso Administrativo Sentencia e infundada la demanda en el extremo que solicita el pago de remuneraciones así como su incorporación en la carrera administrativa;

Que, en dicha sentencia, se resolvió declarar infundada la demanda en el extremo que solicita el pago de remuneraciones, toda vez que: La sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en el expediente STC N° 4355-2009-AC/TC expresa en su Fundamento 4), que: "el artículo 35.1 de la Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto,



norma que deroga la Ley N° 27209 y vigente desde el 1 de enero de 2005, establece que el devengado es el acto mediante el cual se reconoce una obligación de pago, derivada de un gasto aprobado y comprometido, que se produce **previa acreditación documental ante el órgano competente de la realización de la prestación o el derecho del acreedor...**"; por lo que, señala la misma que "existiendo límites normativos para el pago de las remuneraciones dejadas de percibir sin la efectiva realización del trabajo, no resulta amparable disponer el pago de las remuneraciones no abonadas";

Que, además, conforme a la copia de la Resolución N° TRECE de fecha 14 de junio de 2012, la Tercera Sala Laboral de la Corte Superior de La Libertad, confirmó la sentencia antes mencionada;

Que, en ese sentido al haberse declarado judicialmente infundada la solicitud del demandante para que se le pague sus remuneraciones dejadas de percibir desde el año 2010 hasta el mes de julio de 2014, la cual ha sido confirmada por el superior judicial en grado, y por dicho motivo tiene la calidad de sentencia judicial firme, nuestra Entidad se encuentra impedida legalmente de revisar lo dispuesto en sede judicial. Caso contrario se vulneraría el artículo 204° de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, que señala: "No serán en ningún caso revisables en sede administrativa los actos que hayan sido objeto de confirmación por sentencia judicial firme";

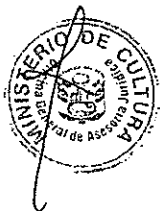
Que, en consecuencia, advirtiéndose que conforme al Memorando N° 5048-2014-OGRH-SG-MC de fecha 15 de diciembre de 2014, se ha declarado que la solicitud presentada por el señor Antonio Paul Lenín Barboza Tello para el pago de sus remuneraciones dejadas de percibir y otros beneficios no procede debido a lo ordenado por la judicatura; y, además, se ha indicado que teniendo en cuenta que al haberse denegado su incorporación a la carrera administrativa, su condición laboral es la de un contratado, no correspondiendo se le reconozca el pago de beneficios, en aplicación del artículo 48 del Decreto Legislativo N° 276; por lo que, se evidencia que la Oficina General de Recursos Humanos habría emitido una declaración en sede administrativa sobre dicha solicitud, vulnerando lo dispuesto en el artículo 204° de la Ley N° 27444;



Que, ahora bien, de acuerdo al numeral 1 del artículo 10° de la Ley N° 27444, la contravención a la ley es un vicio del acto administrativo que causa su nulidad de pleno derecho; motivo por el cual, el Memorando N° 5048-2014-OGRH-SG-MC de fecha 15 de diciembre de 2014, al haberse pronunciado sobre la solicitud para el pago de sus remuneraciones dejadas de percibir y otros beneficios, las cuales habían sido objeto de pronunciamiento judicial firme, contiene un vicio que determina su nulidad de pleno derecho, pues contraviene lo dispuesto en el artículo 204° de dicho cuerpo legal; motivo por el cual, se deberá declarar de oficio la nulidad de pleno derecho de la misma y de todo lo actuado con posterioridad;



Que, en consecuencia, habiéndose determinado la existencia de un vicio que causa la nulidad de pleno derecho del Memorando N° 5048-2014-OGRH-SG-MC de fecha 15 de diciembre de 2014, por contravención de la ley, específicamente por contravenir el artículo 204° de la Ley N° 27444, corresponde declarar su nulidad de oficio;





Resolución de Secretaría General

N°017-2015-SG/MC

Que, de acuerdo a lo establecido en el numeral 202.2 del artículo 202° de la Ley N° 27444, la nulidad de oficio sólo puede ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se invalida, y teniendo en cuenta que conforme al artículo 43 del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Cultura, aprobado por Decreto Supremo N° 005-2013-MC, la Secretaría General es el superior jerárquico de la Oficina General de Recursos Humanos, corresponde a la Secretaría General declarar la nulidad de oficio advertida;

Con el visado de la Directora General de la Oficina General de Asesoría Jurídica; y,

De conformidad con la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo; la Ley N° 29565, Ley de creación del Ministerio de Cultura; y, el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Cultura, aprobado por el Decreto Supremo N° 005-2013-MC;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar la NULIDAD de pleno derecho del Memorando N° 5048-2014-OGRH-SG-MC de fecha 15 de diciembre de 2014, por contravenir norma expresa, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución; dándose por agotada la vía administrativa.

En consecuencia respecto de dicha solicitud se dispone que se deberá estar a lo resuelto por la Resolución N° TRECE de fecha 14 de junio de 2012, emitida por la Tercera Sala Laboral de la Corte Superior de La Libertad, que confirmó la sentencia apelada en el extremo que declara infundada la demanda sobre el pago de remuneraciones solicitado por el demandante Antonio Paul Lenín Barboza Tello.

Artículo 2°.- En el marco de lo dispuesto por el numeral 11.3 del artículo 11° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, se dispone derivar copia de todo lo actuado a la Secretaría Técnica, designada mediante Resolución de Secretaría General N° 187-2014-SG/MC, para que disponga lo correspondiente en cuanto a la determinación de responsabilidades a que hubiera lugar.

Artículo 3°.- Notificar la presente resolución al señor Antonio Paul Lenín Barboza Tello, así como a la Oficina General de Recursos Humanos.

Regístrese y comuníquese.

EMMA LEÓN VELARDE AMÉZAGA
Secretaria General



