

JUZGADO DE TRABAJO - SEDE JUZGADOS ILO
EXPEDIENTE : 00044-2014-0-2802-JM-CA-02
MATERIA : NULIDAD DE RESOLUCIÓN O ACTO ADMINISTRATIVO
JUEZ : CORNEJO CHAVEZ YOHEL WUILVER
ESPECIALISTA: FERNANDO LOPEZ MACHACA
DEMANDADO : MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE ILO.
PROCURADOR PÚBLICO DE LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE ILO y
Otros.
DEMANDANTE: OVIEDO DEL CARPIO, ARNALDO INOCENCIO
ORMEÑO CABRERA, LARRY JIMMY

SENTENCIA- NRO. 181-2019.

Resolución Nro. 54.

Ilo, veintisiete de mayo
Dos mil diecinueve.-

I. ASUNTO:

Pretensión Principal.

1. Determinar si procede declarar la nulidad y sin efecto legal la Resolución de Alcaldía N° 986-2013-A-MPI, de fecha 03 de diciembre del 2013, que aprueba el Acta de Trato Directo de fecha 26 de noviembre del 2013, suscrito por la Comisión paritaria de la Municipalidad Provincial de Ilo.

II. ANTECEDENTES.

1. **Actividad Procesal de los Demandantes:** De folios 26/30, con fecha 03 de marzo del 2014, así como su escrito de subsanación de fojas 36 se presenta demanda contencioso administrativa, en vía del proceso especial, manifestando los recurrentes: i) que en el año 2013 los servidores públicos de la Municipalidad Provincial de Ilo, por negociación colectiva obtuvieron incremento en sus remuneraciones, bonificaciones, asignaciones. Indican que, amparados en dicho antecedente, los funcionarios de confianza de la Municipalidad Provincial de Ilo solicitaron el mismo año 2013 el incremento de remuneraciones, bonificaciones, asignaciones y para ello recurrieron al mecanismo de la negociación colectiva, habiendo designado como su delegado al abogado Eloy Anco Huanca, quien ejercía el cargo de Secretario General de la entidad demandada, para efectos de que los represente en la negociación colectiva, conforme a lo dispuesto en el D.S. N° 070-85-PCM, refieren que en vista de ello dichos funcionarios presentaron su solicitud el 11 de octubre del 2013, para efectos de negociar el pliego de reclamos tomando como sustento el Decreto Supremo 070-85-PCM, es decir, los funcionarios de confianza, que no están comprendidos dentro de la carrera administrativa efectúan una negociación colectiva con la Municipalidad, y esta les acepta el inicio y conclusión de la negociación; ii) que, el citado procedimiento de negociación colectiva iniciada el 26 de noviembre del año 2013, concluye con el acta de trato directo de la negociación bilateral, en que consta que se acordó el incremento de las remuneraciones, bonificaciones, asignaciones, condiciones de trabajo y otros, teniendo como referencia los obtenidos por el sindicato de trabajadores, por lo que, dichos acuerdos fueron aprobados mediante Resolución de Alcaldía N° 986-2013-MPI, del 03 de diciembre del 2013, haciendo retroactivos los aumentos desde enero del 2013 en forma totalmente ilegal e irregular y

trastocando todos los principios laborales que regulan la negociación colectiva, que se aplican únicamente desde la fecha de la presentación del pliego y no desde antes de ello; iii) que dicha resolución materia de conflicto, el Alcalde lo ha avalado ilegalmente una negociación colectiva, suscrita por una comisión paritaria conformada por los empleados de confianza y directivos de la Municipalidad Provincial de Ilo; cuando la ley prohíbe que dichos empleados por tener su condición de funcionarios de confianza puedan pedir incrementos por "negociación colectiva" conformándose una comisión paritaria para negociar sus remuneraciones, es así que el poder otorgado por la población, el alcalde en contubernio con sus funcionarios de confianza y dirección, descaradamente han infringido la normatividad nacional, ya que en mérito a la resolución materia de conflicto, según el último párrafo del artículo 01 se han beneficiado retroactivamente de la negociación colectiva, ya que dicha negociación colectiva inició en octubre del 2013 y se han hecho los aumentos retroactivamente desde enero del 2013, quedando demostrado el actuar fraudulento del alcalde y sus funcionarios de confianza y dirección; finalmente, iv) alegan que con ello se ha trasgredido el artículo 3° del Decreto Supremo N° 070-85-PCM señalando que la negociación bilateral se efectúa con las organizaciones sindicales de primer grado o con otras de grado superior (federaciones), y que los funcionarios no están dentro de la carrera pública administrativa y que tampoco son objeto de sindicación y/o negociación colectiva, pero el comportamiento fraudulento de los funcionarios de confianza y el propio alcalde, incluso han ido más allá de las transgresión del D.S. N° 070-85-TR, que es el medio para las negociaciones colectivas con los sindicatos de trabajadores obreros y/o funcionarios sujetos a la carrera pública administrativa y no así para trabajadores de confianza, sino que descaradamente hacen extensivo el aumento desde enero del 2013, además de encubrir la negociación bajo el sustento que el artículo 121 del D.S. N° 005-90-PCM, no permite la discriminación de trabajadores sindicalizados y no sindicalizados, cuando esta diferenciación está referida únicamente a trabajadores públicos de carrera sindicalizados o no, pero no así a los funcionarios de confianza, que de acuerdo al artículo 40 de la Constitución Política del Estado se señala claramente que los funcionarios que desempeñan cargos políticos y de confianza, no están comprendidos en la carrera administrativa.

- 2. Actividad Procesal de la demandada - Procurador Público Municipalidad de la Provincia de Ilo:** De folios 633/637, de fecha 24 de julio del 2015 se tiene la Actividad Procesal de la demandada, representado por el abogado Manuel Francisco Segales Choqueño, quien se apersona a la instancia y contesta la demanda indicando: i) que no existe prohibición legal para que los funcionarios de confianza y directivos de una Municipalidad, fijen sus incrementos de remuneraciones y condiciones de trabajo, vía negociación colectiva, basándose en el TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, en el artículo 42 establece lo siguiente: "De la Negociación Colectiva. Art. 41.- Convención colectiva de trabajo es el acuerdo destinado a regular las remuneraciones, las condiciones de trabajo y productividad, y demás, concerniente a las relaciones entre trabajadores y empleadores celebrado, de una parte por una o varias organizaciones sindicales de trabajadores, o en ausencia de estas, por representantes de trabajadores interesados, expresamente elegidos v autorizados, y de la otra por un empleador o un grupo de empleadores..." , el artículo citado taxativamente establece la negociación entre empleador y trabajador, sea estos, a) representados por una o varias organizaciones sindicales, o en su ausencia, b) por el representante de los trabadores (ante la inexistencia del sindicato); ii) que en cuanto al procedimiento a seguir para la negociación, refiere a la Ordenanza Municipal N.- 08-97- MPI de fecha 26 de marzo de 1997, en el que se establece expresamente el reajuste de remuneraciones y demás beneficios del personal de confianza y directivos de la Municipalidad, sea por la vía de: a) trato directo o b) individual. Asimismo, el art. 1° del D.S. N°070-85-PCM "establece el procedimiento de la negociación bilateral para fijar las

remuneraciones y condiciones de trabajo de los funcionarios y servidores de los gobiernos locales", pero, sin hacer distinción si son de confianza o no (como por ejemplo de la carrera administrativa), es decir que, bajo el principio de que no se debe distinguir donde la ley no distingue, porque la ley no hace distinción alguna, incluir a algunos y excluir a otros resultaría arbitrario; iii) que en caso de duda, si los funcionarios de confianza se pueden o no beneficiar de los alcances de la negociación colectiva, es de aplicación el principio IN DUBIO PRO OPERARIO, es decir que, en la duda sobre la interpretación de una norma legal se está a la interpretación de la que más favorece al trabajador, en otras palabras refiere, legalmente si es posible que los funcionarios de confianza y directivos de un gobierno local, fijen sus remuneraciones y condiciones de trabajo, mediante negociación, situación que no solo en los años 2010, 2011 y 2012 se ha fijado las remuneraciones de estos trabajadores de confianza y dirección, mediante la negociación colectiva, sino que desde muchos años atrás, se ha venido extendiendo los beneficios económicos y condiciones de trabajo, obtenidos por el SITRAMUNI a los empleados de confianza y directivos de la Municipalidad Provincial de Ilo, según aparece por ejemplo en las resoluciones de alcaldía N° 787-2010-A-MPI, 778-2011-A-MPI; 772-2012-A-MPI; 986-2013-A-MPI y 903-2013-A-MPI; finalmente refiere, iv) que si el último convenio colectivo de trabajo celebrado con el SITRAMUNI y la MPI que sirvió de referencia para los incrementos de remuneraciones y condiciones de trabajo de los funcionarios de confianza, antes de iniciar y concluir su propio convenio colectivo, fue el convenio colectivo del año 2012 y este caducó en diciembre de ese año, se entiende entonces que el convenio colectivo de trabajo del 2013 de los funcionarios de confianza, inicia su vigencia desde enero del 2013, porque el último convenio colectivo que le sirvió de referencia fue el del periodo enero a diciembre del 2012 celebrado entre el SITRAMUNI y la MPI.

3. **Actividad Procesal de la demandada – Celestino José Machaca Saira:** De folios 659/666, de fecha 17 de agosto del 2015 se tiene la Actividad Procesal del demandado, quien se apersona a la instancia y contesta la demanda indicando: i) que el Concejo Municipal que es el que, aprueba y promulga las ordenanzas municipales, reconoce el derecho del personal de confianza a percibir incrementos de remuneraciones y beneficios colaterales y. en ese sentido ha otorgado facultad al Alcalde de la Municipalidad Provincial de Ilo, desde el año 1997 a la actualidad (porque la Ordenanza Municipal está vigente y forma parte del orden legal infraconstitucional de aplicación en la Municipalidad Provincial de Ilo) para que éste, en forma directa (por interpretación contrario sensu, se entiende para el caso que no exista el procedimiento de la Negociación Colectiva) pueda fijar directamente los reajustes de remuneraciones, bonificaciones y condiciones de trabajo, a su personal de confianza y/o dirección, a condición de dar cuenta al Concejo Municipal y que esos incrementos, tenga el correspondiente financiamiento así como, la previsión presupuestal respectiva; ii) que en la Municipalidad Provincial de Ilo, existe norma legal expresa, vigente y específica, como es la ordenanza municipal N° 08-97-MPI, que tiene fuerza de ley, conforme al artículo 200 de la Constitución, por el que el Consejo Municipal ha autorizado al Alcalde a incrementar remuneraciones y beneficios colaterales y a fijar directamente los incrementos de remuneraciones y condiciones de trabajo de su personal de confianza y/o directivo en forma directa, es decir, sin necesidad de intervención de sindicato alguno, pero que también existe la posibilidad del incremento de remuneraciones de ese personal vía negociación colectiva, en efecto señala, el D.S. N° 070-85-PCM, en cuyo artículo 1 se establece para los gobiernos locales, el procedimiento de negociación bilateral "para la determinación de las remuneraciones por costo de vida y por condiciones de trabajo de sus funcionarios y servidores, en ese sentido, no hace diferencia, entre funcionarios de confianza, dirección, directivos o servidores públicos, contratados o nombrados; iii) señala que queda establecido que en los gobiernos locales se puede incrementar remuneraciones y condiciones de trabajo

de funcionarios y servidores vía Negociación Colectiva (es una excepción a la prohibición general de Negociación Colectiva en las entidades del Estado que anualmente regula y prohíbe las Leyes Anuales del Presupuesto en la parte de Normas de Austeridad en el Gasto Público), y en el caso específico de la Municipalidad Provincial de Ilo, queda establecido que mediante la vigente Ordenanza Municipal N° 08-97-MPI el Alcalde tiene facultad (en caso de no ocurrir a la Negociación Colectiva) de fijar directamente las remuneraciones y condiciones de trabajo de su personal de confianza y/o directivo, sin necesidad de Sindicato alguno, por lo que, el Alcalde tiene facultades directas para fijar incrementos de remuneraciones y condiciones de trabajo, a funcionarios y directivos del gobierno local, extiende los incrementos de remuneraciones y condiciones de trabajo obtenidos por el SITRAMUNI en su Negociación Colectiva 2011, por aplicación precisamente de la Ordenanza N° 08-97-MPI y el Art 121 del D.S. N° 05-90-PCM, como se motiva expresamente en la parte considerativa de la referida resolución de Alcaldía, que aprobó la Negociación Colectiva 2011; finalmente alega: iv) que en el año 2013, nuevamente en ejercicios de las facultades otorgadas por la Ordenanza N° 08-97-MPI al Alcalde, se acordó vía trato directo con el objetivo de empleados de confianza de la MPI (no sindicato) incrementos de remuneraciones y condiciones de trabajo, tomando como referencia lo obtenido ese mismo año por el SITRAMUNI, ahora bien, conforme al artículo 42 de la Constitución los derechos colectivos de sindicalización y huelga, se reconoce a los servidores públicos, con excepción de los que ocupan cargos de confianza y dirección y los miembros de las fuerzas armadas y policiales, de ahí se ha inferido que, siendo el recurrente funcionario de confianza, no tiene derecho a la sindicalización y por lo tanto, a la Negociación Colectiva (y por extensión, a los incrementos de remuneraciones y condiciones de trabajo, obtenidos por el SITRAMUNI en los años 2011 y 2012, vía Convenio Colectivo y en Acta de Trato Directo, el 23/11/2013); sin embargo, la tesis que postulo en esta parte, es de que si tiene derecho a la Negociación Colectiva y a obtener incremento de remuneraciones y condiciones de trabajo mediante ese procedimiento de negociación bilateral como cualquier trabajador de un gobierno local (porque existen normas sobre negociación colectiva).

4. **Actividad Procesal de la demandada – Julio Fernandino Apaza Suyo:** De folios 671/678, de fecha 17 de agosto del 2015 se tiene la Actividad Procesal del demandado, quien se apersona a la instancia y contesta la demanda bajo los mismos fundamentos de hecho y de derecho en el escrito de contestación de demanda señalados en el considerando antes señalado.
5. **Actividad Procesal de los demandados – Tomas Victor Calderón Molina, Maribel Yaneth Velásquez Ramos, Judith Edith Fuentes Maquera, Carlos Alberto Zegarra Luna, Sila Roxana Jauregui Bruna, Eloy Zacarias Anco Huanca, Cesar Eduardo Rivera Vera y Flavio Armando Naca Flores:** Los mismos que mediante resolución 42 de fecha 08 de marzo del 2016, fueron declarados rebeldes por no contestar la demanda dentro del plazo de ley.
6. **Actividad Procesal del Juzgado:** A folios 38/39, mediante resolución número dos de autos, de fecha 12 de mayo del 2014, se admite a trámite la demanda en la vía del proceso especial, de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, conferido el traslado de Ley a la entidad demandada y demás demandados, la misma que de fojas 633/637 la entidad demandada Municipalidad Provincial de Ilo contesta la demanda, y de fojas 659/666 y fojas 671/678 los demandados Celestino José Machaca Saira y Julio Fernandino Apaza Suyo contestan la demanda. Mediante sentencia de primera instancia de fojas 263/271 se expide sentencia declarando fundada la demanda, la misma que es apelada declarando nula mediante sentencia de vista de fojas 577/581, disponiendo se expida nueva sentencia. Habiéndose declarado saneado el proceso mediante resolución siete de fecha 22 de julio del 2014 de

fojas 110, procediendo a remitirse los actuados al Ministerio Público, donde opina que la demanda sea declarada fundada en todos sus extremos, por lo que siendo su estado es el de expedir nueva sentencia en este acto.

III.- ANÁLISIS:

Finalidad del Proceso Contencioso Administrativo

1. El contencioso administrativo es el proceso destinado a controlar, en sede judicial, los actos emitidos en un procedimiento administrativo, ya sea porque se omitieron las formalidades establecidas o porque la decisión del funcionario no se ajusta a derecho. Ese control tiene en cuenta o utiliza parámetros no solo de legalidad sino, sobre todo, de constitucionalidad que son aplicados a la actuación administrativa a efectos de determinar si el procedimiento y su resultado armonizan con el sistema de normas, principios y valores que irradia la Constitución.
2. El control judicial sobre la actuación de la administración constituye, entonces, un mecanismo de realización de los derechos fundamentales y de la Constitución misma, pues, como señala Aragón "...el control es un elemento inseparable del concepto de Constitución si se quiere dotar de operatividad al mismo... si la Constitución es norma y no pura entelequia o desnuda vaciedad. El control no forma parte únicamente de un concepto "político" de Constitución... sino de su concepto jurídico, de tal manera que sólo si existe control de la actividad estatal puede la Constitución desplegar su fuerza normativa y sólo si el control forma parte del concepto de Constitución puede ser entendida ésta como norma."¹ Además, el control de la actuación de la administración es garantía de la vigencia del principio de separación de poderes, lográndose de esa manera un balance o equilibrio de funciones, en aras de garantizar la libertad ciudadana.
3. La Constitución del Estado ha reconocido el control jurisdiccional de los actos de la administración por parte del Poder Judicial, cuando en el artículo 148° ha señalado que "*Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa.*" De ese modo, el control judicial de la actuación de la administración constituye un derecho reconocido constitucionalmente, cuyo ejercicio se encuentra reglamentado y desarrollado a nivel legal.

Respecto a los medios probatorios, su finalidad, carga y valoración.

4. El artículo 33° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, regula el proceso contencioso administrativo, prescribiendo que salvo disposición legal diferente, la carga de la prueba corresponde a quien afirma los hechos que sustentan su pretensión, y si la actuación administrativa impugnada establece una sanción o medidas correctivas, o cuando por razón de su función o especialidad la entidad administrativa está en mejores condiciones de acreditar los hechos, la carga de probar corresponde a ésta. En el presente caso, no se trata de una sanción impugnada, por lo tanto la carga de la prueba corresponde a la parte

¹ ARAGÓN (Manuel). "El control como elemento inseparable del concepto de constitución", citado por Jinesta Lobo, Ernesto en "El Control Jurisdiccional de la Administración Pública". Revista Judicial. Costa Rica. Año XX, N° 63, setiembre 1997. <http://www.ernestojinesta.com/ernesto%20jinesta/curriculum%20y%20art.%20rev/control.PDF>.

demandante respecto a los hechos que afirma en su demanda, ocurriendo lo mismo con la parte demandada, quien deberá probar los hechos alegados en su contestación.

5. Por su parte el artículo 188 del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente de conformidad con la primera disposición final del TUO de la Ley N° 27584, establece que los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones, precisando que el artículo 196° de la norma acotada hace referencia a la obligación de las partes de probar los hechos que afirman.
6. Así también se debe tomar en cuenta lo establecido en el artículo 197° del Código Procesal Civil que prescribe, sobre la valoración de la prueba, que todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada; sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión. En dicho sentido el juzgado resuelve la presente causa evaluando la legalidad del acto administrativo; en mérito a la documentación aportada por las partes, las mismas que coadyuvan en cierto modo a determinar si los actos administrativos han sido emitidos o no conforme lo dispuesto en ley.

Los antecedentes del presente caso.

7. Como se aprecia del acta de folios 210², en fecha 16 de agosto del 2013, nueve funcionarios de la Municipalidad Provincial de Ilo se reúnen y deciden conformar un colectivo de trabajadores para que los represente ante su empleadora, la Municipalidad, designado a un delegado de entre ellos (el secretario general de la Municipalidad) a efecto de que efectúe las conversaciones sobre asuntos laborales y cualquier otro acto relativo a ello. Asimismo, lo autorizan a suscribir los documentos que para ello sea necesario.
8. Premunido de tal título el citado funcionario (Eloy Anco Huanca), en fecha 10 de octubre del 2013, presenta el escrito que en copia corre a folios 209 dirigido al Alcalde de la Municipalidad de Ilo, a través del cual solicita que, en aplicación de lo establecido por el Decreto Supremo 070-85-PCM, se dé inicio al proceso de negociación colectiva entre la Municipalidad y el citado colectivo, para lo cual requieren, además, la designación de una comisión paritaria que represente al municipio en dichas negociaciones.
9. En fecha 25 de noviembre del 2013, mediante Resolución de Alcaldía N° 958-2013-MPI, cuya copia corre a folios 207, el alcalde de la Municipalidad Provincial de Ilo designa dicha comisión paritaria o negociadora nombrando para ello al sub gerente de contabilidad y al sub gerente de fiscalización. Asimismo, determina que una comisión técnica ad-hoc se conforme con el Gerente de planeamiento estratégico, el Gerente de Asesoría Jurídica y el Gerente de Administración Financiera.

² Formando parte del expediente administrativo que en copia corre a folios 186 a 223.

10. En fecha 26 de noviembre del 2013, se reúne la citada comisión negociadora y el delegado representante del colectivo de funcionarios de la Municipalidad y arriban a los acuerdos que se detallan en el acta de folios 197, entre los que se considera el incremento de: S/.350.00 nuevos soles en las remuneraciones; S/. 200.00 nuevos soles por bonificación escolar; S/. 600.00 nuevos soles en la bonificación por cese, por lo que por dicho concepto se pagaría S/.2,200.00 nuevos soles.
11. Asimismo, se señala que en los otros rubros que aparecen detallados, el incremento se hará en la misma cantidad que se hizo para los trabajadores del SITRAMUNI. Además, se pone énfasis en ratificar que los incrementos han tenido como referencia los que fueran reconocidos a los trabajadores del sindicato según los convenios colectivos de los años 2011, 2012 y 2013. Reconocen, además, que dichos incrementos tendrán el carácter de permanentes y que su efectividad será retroactiva al mes de enero del citado año 2013. El 27 de noviembre del 2013, el presidente de la comisión negociadora remite la mencionada acta al gerente de asesoría jurídica (uno de los miembros del colectivo) para que emita opinión sobre la legalidad de lo acordado.
12. El 02 de diciembre del 2013, el citado funcionario emite el Informe N° 757-2013-GAJ-MPI, que aparece a folios 193 a 195, mediante el cual concluye que en aplicación de la Ordenanza Municipal N° 08-97-A-MPI, es procedente que el Alcalde pueda fijar directamente el monto de las remuneraciones y demás derechos económicos y condiciones de trabajo del personal de confianza y directivo tomando como referencia los convenios colectivos celebrados entre la Municipalidad y el sindicato de trabajadores, o que, en todo caso, se pueda utilizar para ello el mecanismo de la negociación colectiva prevista por el Decreto Supremo 070-85-PCM.
13. El mismo 02 de diciembre del 2013, con dicho informe, el presidente de la comisión negociadora deriva el acta al Alcalde quien lo deriva nuevamente al Gerente de Asesoría Jurídica para que emita opinión, el mismo que reitera el mismo Informe N° 757-2013-GAJ-MPI, opinando por la legalidad de lo actuado. Finalmente, en fecha 03 de diciembre del 2013, se emite la Resolución de Alcaldía N° 986-2013-MPI, que corre a folios 186 a 187, mediante la cual se aprueba el acta de trato directo de fecha 26 de noviembre del 2013, en todos sus extremos y dispone, además, que la vigencia de la misma sería a partir de enero del 2013. Finalmente, autoriza a la gerencia de administración financiera el cumplimiento de dicha resolución.
14. Es contra dicha Resolución de Alcaldía N° 986-2013-MPI que los demandantes, uno en su calidad de regidor y otro en su calidad de ciudadano particular, han interpuesto la demanda contencioso administrativa que ha dado origen a este proceso, en el que corresponde evaluarse y determinarse si dicho acto administrativo adolece de causales de nulidad.

La Sala Mixta Descentralizada de Ilo anula la sentencia de primera instancia.

15. El Superior Jerárquico señala que en el caso de autos, de lo expuesto en la demanda se advertía la existencia de los funcionarios de confianza a quienes se les habría aumentado sus remuneraciones mediante la Resolución de Alcaldía Nro. 986-2013-MPI, por lo que debió emplazárseles con la demanda. Que dicha omisión vulnera el debido proceso, pues se les recortó su derecho a ser oídos, a ejercer defensa, a ofrecer prueba tanto más que lo que

se resuelva judicialmente les puede afectar. Que dicha omisión es causal de nulidad de la sentencia, la misma que es menester declarar con la facultad establecida en los artículos 171 y 176 del Código Procesal Civil.

16. Que teniéndose en consideración que se han incorporado al proceso cinco funcionarios de confianza, a quienes podría afectar la sentencia que se emita en autos, debe de cumplirse con notificarlos con la demanda, dándoles oportunidad a que contesten la misma, que ofrezcan prueba. De igual manera debe notificarse a los demás beneficiados, cuyos nombres aparecen en la relación de fojas veintitrés, contándose para ubicar sus domicilios con los datos que aparecen en la Ficha Reniec. Debiendo realizarse si fuera el caso una audiencia complementaria para la actuación de sus medios de prueba y hecho, expedirse nueva sentencia, solicitando que el Aquo integren a los demás demandados.

Los cuestionamientos planteados por los demandantes y los argumentos de la demandada.

17. Como se aprecia del tenor de la demanda, los actores centran su cuestionamiento a la validez de la resolución aludida, en que para emitir la misma no se ha tenido en cuenta que:
a) la ley prohíbe a los funcionarios de confianza y directivos puedan acceder a un incremento en sus remuneraciones vía negociación colectiva; b) que los efectos de la negociación colectiva surte efectos a partir de la presentación del pliego, por lo que mal se ha hecho en haber dado efecto retroactivo a los acuerdos; y c) asimismo, alegan un actuar fraudulento del Alcalde y sus funcionarios de confianza y dirección.
18. Por su parte, el procurador público municipal en la absolución de la demanda ha manifestado que: a) el Decreto Supremo 070-85-PCM, no diferencia entre servidores y funcionarios municipales de confianza o no. Por tanto, en aplicación del principio *in dubio pro operario*, debe asumirse que sí es posible que los servidores de confianza y dirección accedan a incrementos en sus remuneraciones vía negociación colectiva; b) que en la Municipalidad esa forma de proceder data desde muchos años atrás, para lo cual citan las Resoluciones de Alcaldía N° 787-2010, N° 778-2011, N° 772-2012, N° 986-2013 y N° 903-2013; y c) que en cuanto a la retroactividad de los efectos de la negociación colectiva, debe tenerse en cuenta que el artículo 43°, inciso b, del Decreto Supremo 010-2003-TR, establece que el nuevo convenio colectivo rige desde la caducidad del anterior o si no la hubiera desde la presentación del pliego. Por tanto, dado que se ha tomado como referencia el convenio colectivo entre la Municipalidad y el SITRAMUNI firmado en el año 2012, el cual caducó en diciembre del 2012, se entiende que la nueva convención debe regir desde enero del 2013, pues el último convenio de referencia data del año 2012. Además, dice, ello así fue acordado por las partes en el acta del 26 de noviembre del 2013.

19. De otro lado, el litisconsorte necesario Celestino José Machaca Saira contesta la demanda de fojas 659/666, alega que la MPI tiene autonomía política, económica, administrativa y normativa, la Ordenanza Municipal N° 08-97-MPI reconoce el derecho del personal de confianza y/o directivo de percibir incrementos de remuneraciones y condiciones de trabajo que el Alcalde los fija en forma directa, pero también existe la posibilidad del Incremento de remuneraciones del personal de confianza y directivo vía negociación colectiva, el Decreto Supremo N° 070-85-PCM prevé el procedimiento de negociación bilateral para determinar las remuneraciones y condiciones de trabajo de los funcionarios y servidores municipales, sin diferenciar entre funcionarios de confianza o directivos o de carrera, en el 2013 se acordó en trato directo entre el Alcalde y el colectivo de funcionarios de confianza de la MPI incrementos de remuneraciones y condiciones de trabajo, el Art. 42 de la Constitución reconoce los derechos colectivos de sindicalización y huelga a los servidores públicos, con excepción de los que ocupan cargos de confianza y dirección y los miembros de las fuerzas armadas y policiales, pero por Interpretación sistemáticas el litisconsorte necesario tiene derecho a la negociación colectiva y a obtener el incremento de sus remuneraciones y condiciones de trabajo mediante el procedimiento de negociación bilateral como cualquier trabajador de un gobierno local, su derecho a la negociación colectiva se basa en las Convenciones 97 (Art. 2) y 98 (Art. 6) de la OIT, el recurrente es únicamente Asesor Técnico y Legal de la Alcaldía, no toma decisiones y no representa directamente al Estado.
20. A fojas 671/678 el litisconsorte necesario Julio Fernandino Apaza Suyo contesta la demanda, dicho acto postulatorio es idéntico o exactamente igual a la contestación del litisconsorte necesario Celestino José Machaca Saira que obra a fs. 659 a 666.
21. Consecuentemente, será objeto de dilucidación en esta sentencia lo relativo; a) Cuál es el estatus legal de los funcionarios de confianza y dirección de la Municipalidad; b) Si es factible que dichos servidores puedan fijar sus remuneraciones vía negociación colectiva; y c) Dependiendo de lo que se determine a ese respecto, corresponderá analizar, o no, si la resolución impugnada adolece de nulidad.

Respecto a los funcionarios comprendidos en la Resolución de Alcaldía N° 986-2013-MPI.

22. El artículo 1° del Decreto Supremo 070-85-PCM, establece para los Gobiernos Locales el procedimiento de la negociación bilateral para la determinación de las remuneraciones por costo de vida y por condiciones de trabajo de sus funcionarios y servidores. La interpretación aislada y literal del citado dispositivo puede llevarnos a asumir que cuando hace referencia a funcionarios y servidores, efectivamente no distingue entre aquellos que son de confianza y aquellos que no lo son. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el artículo 2° del mencionado dispositivo nos remite a los Decretos Supremos N° 003-82-PCM³ y N° 026-82-JUS⁴. El primero de dichos dispositivos regulaba el ejercicio de los derechos de sindicación y negociación colectiva de los servidores públicos y al respecto en su artículo 1° establecía

³ Hoy derogado por el Decreto Supremo 040-2014-PCM, del 13 de junio del 2014.

⁴ Hoy derogado por el Decreto Supremo 040-2014-PCM, del 13 de junio del 2014

“Los servidores públicos, empleados y obreros **permanentes** sujetos al Sistema Único de Remuneraciones de la Administración Pública, tienen derecho a constituir organizaciones sindicales; afiliarse a ellas, aprobar sus estatutos y reglamentos, elegir libremente a sus representantes y participar en su organización, administración y actividades. Por su parte el artículo 2° sancionaba que “**No están comprendidos en los alcances del presente Decreto Supremo, los Magistrado del Poder Judicial, los funcionarios del Estado con poder de decisión o que desempeñan cargos de confianza,...**”.

Por otro lado, el artículo 42° de la Constitución establece que “Se reconocen los derechos de sindicación y huelga de los servidores públicos. No están comprendidos los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, así como los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.”

23. Al respecto, el artículo 3° de la ley 28175, Ley Marco del Empleado Público, define:

- a. **Funcionario público.** Es un representante político o cargo público representativo, que ejerce funciones de gobierno en la organización del Estado. Dirige o interviene en la conducción de la entidad, así como aprueba políticas y normas.
- b. **Directivo público.** Es el servidor civil que desarrolla funciones relativas a la organización, dirección o toma de decisiones de un órgano, unidad orgánica, programa o proyecto especial.
- c. **Servidor de confianza.** Es un servidor civil que forma parte del entorno directo e inmediato de los funcionarios públicos o directivos públicos y cuya permanencia en el Servicio Civil está determinada y supeditada a la confianza por parte de la persona que lo designó. Puede formar parte del grupo de directivos públicos, servidor civil de carrera, o servidor de actividades complementarias. Ingresa sin concurso público de méritos, sobre la base del poder discrecional con que cuenta el funcionario que lo designa. No conforma un grupo y se sujeta a las reglas que correspondan al puesto que ocupa.

24. De lo anterior se concluye que los derechos colectivos regulados por el citado Decreto Supremo N° 003-82-PCM, precisado luego por el Decreto Supremo N° 026-82-JUS, están referidos única y exclusivamente a servidores, en este caso municipales, que son susceptibles de sindicalizarse y ejercer el derecho de huelga. Es decir, se trata de servidores que tienen el carácter de permanentes. Son esas calidades las que tiene en cuenta el citado Decreto Supremo 070-85-PCM, para referirse a los servidores Municipales a quienes se extiende la posibilidad de negociar el incremento de sus remuneraciones vía negociación colectiva: servidores permanentes y organizados en un sindicato, pues esa es la condición establecida por el artículo 3° del citado Decreto Supremo cuando señala que “La negociación bilateral se efectuará **con las organizaciones sindicales** de primer grado o con otras de grado superior a condición de que las primeras renuncien a su participación y manifiesten su aceptación a todo lo que se acuerde con esta última.”

Sobre la posibilidad de que los servidores comprendidos en la Resolución de Alcaldía N° 986-2013-MPI pudiesen regular el incremento de sus remuneraciones vía negociación colectiva.

25. En el caso de los funcionarios a quienes se refiere la Resolución materia de cuestionamiento, como se advierte del acta de folios 210, estos se autocalifican como “funcionarios públicos y/o empleados de confianza”, y, efectivamente, por los cargos que estos ostentaban, según detalle que aparece en la misma acta, se trataba de funcionarios que desempeñaban, en algunos casos, cargos directivos (secretario general, gerentes y sub gerentes), y en otros ejercían cargos de confianza.
26. Con dichas calidades, evidentemente no podían ser considerados entre los servidores susceptibles de sindicalizarse (no por decisión propia sino por mandato legal) y por tanto estaban impedidos de gestionar el incremento de sus remuneraciones a través del mecanismo de la negociación colectiva, pues para ello se requiere que el interlocutor de la comisión de la entidad Municipal sea una organización sindical, es decir una organización de personas con vocación de permanencia y existencia formal, y no un colectivo ocasionalmente formado como fue el grupo a que se refiere la citada acta de folios 210.
27. El procurador municipal, uno de los funcionarios beneficiados, en su contestación de la demanda ha sostenido que el artículo 1° del Decreto Supremo 070-85-PCM, cuando habla de funcionarios o servidores no distingue entre si estos deben ser de confianza o no, y ante ello, dice, debe estarse a lo más favorable al trabajador. En caso de duda, dice, ha de aplicarse el principio *pro operario*. Sin embargo, tal postura, como se ha detallado antes, proviene de una interpretación aislada del mencionado dispositivo, pues no tiene en cuenta que inmediatamente después, en sus artículos 2° y 3°, el dispositivo en mención hace precisiones para determinar cuáles son esos funcionarios y servidores municipales a quienes se puede aplicar en dicho mecanismo y cuál es el procedimiento para lograrlo. Evaluando así el asunto, resulta que no se advierte duda interpretativa respecto a si el mencionado mecanismo de regulación de remuneraciones debe extenderse o no a los funcionarios o empleados de confianza y con cargo directivo, pues para aclarar ello se debe recurrir, además, a los otros dispositivos que regulan el tema, tal como se ha detallado en el considerando precedente en virtud a una interpretación sistemática y finalista. En suma no resulta atendible el argumento relativo a la necesidad de tenerse en cuenta o aplicarse el *in dubio pro operario*.
28. El otro argumento esgrimido por la demandada, respecto a que el mismo sistema para regular el incremento de las remuneraciones de los “funcionarios públicos y/o empleados de confianza”, se ha venido siguiendo los años anteriores, resulta falso, pues de las actas y resoluciones presentadas para tal efecto y que corren a folios 59 a 77, en ninguna de ellas se advierte que se haya seguido el procedimiento de la negociación colectiva como se aplicó implementó en el año 2013 y que dio origen a la Resolución impugnada. Solo en la Resolución de Alcaldía N° 772-2012-MPI, que obra a folios 67 a 69, aparece haberse fijado un incremento a favor de dichos servidores de confianza, pero no en virtud a una previa negociación colectiva sino en aplicación de la Ordenanza Municipal N° 08-97-MPI (obra a folios 78 a 80), la cual exige tener en cuenta factores de “productividad, nivel jerárquico, responsabilidad y ejercicio real y efectivo del cargo”. Pero, aun cuando fuere cierto (que no lo es) de que en anteriores ejercicios presupuestales se hubiere seguido dicho

procedimiento para el incremento de las remuneraciones de los servidores públicos en cuestión, ello no podría ser razón suficiente para avalar o tener como legítimo el citado procedimiento pues el mismo resulta evidentemente contrario a ley.

29. Lo mismo corresponde decirse respecto del argumento referido a la retroactividad del incremento, en principio porque está demostrado que el incremento en sí es contrario a ley. Pero además, porque los criterios esgrimidos para sustentarlo resultan falaces. Ello por cuanto está demostrado que la fijación e incremento de las remuneraciones de los “*funcionarios públicos y/o empleados de confianza*”, no se regula a través de la negociación colectiva y por cuanto la negociación que para tal efecto hayan podido sostener la Municipalidad y el sindicato de trabajadores de esta, no tienen por qué resultar vinculantes o referentes para los “*funcionarios públicos y/o empleados de confianza*”, pues, en este caso concreto, conforme a lo establecido por la mencionada Ordenanza Municipal N° 08-97-MPI, el incremento que a estos les pueda corresponder deberían hacerse teniendo en cuenta criterios previamente establecidos (*productividad, nivel jerárquico, responsabilidad y ejercicio real y efectivo del cargo*), y no de manera indiscriminada o uniforme para todos como se hizo en su caso. Por ese mismo motivo, no había justificación para aplicar los incrementos en forma retroactiva a partir del mes de enero del 2013, pues a dichos servidores no les resultan aplicables las disposiciones de la negociación colectiva (artículo 43°, inciso b, del Decreto Supremo 010-2003-TR,) como alega el procurador de la demandada. A ese respecto, el acuerdo que hayan tenido las partes para que dicho incremento sea retroactivo, resulta por demás insubstancial pues este ha sido adoptado al interior de un procedimiento irregular y por tanto inválido.

30. En conclusión, como “*funcionarios públicos y/o empleados de confianza*”, cuyo estatus laboral difiere sustancialmente de los servidores de carrera y que no ostentan tal calidades, a los servidores públicos a quienes se refiere el acta de negociación de folios 142 a 143, aprobada luego por la resolución impugnada, no les estaba permitido tratar el incremento de sus remuneraciones por el sistema de la negociación colectiva, sino que conforme a la normatividad existente en la Municipalidad demandada, dicho incremento debía hacerse, en todo caso, en forma individualizada, teniendo en cuenta criterios previamente establecidos, para cada caso concreto y siempre que existiere disponibilidad presupuestaria.

Determinar si corresponde declarar la nulidad de la Resolución de Alcaldía N° 986-2013-MPI.

31. Se ha señalado que los requisitos de validez de los actos administrativos, son: a. órgano competente, sujeción a la Constitución y las leyes, posibilidad jurídica; y, observancia de las normas esenciales del procedimiento y de la forma prescrita por la ley⁵.

32. Respecto a la Resolución de Alcaldía N° 986-2013-MPI Incurrir en causal de nulidad del acto administrativo, la respuesta es afirmativa, pues la demandada Municipalidad Provincial de

⁵ Morales Corrales Pedro G. en “*Nulidad del Acto Jurídico Administrativo*”. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/viewFile/5930/5939>.

Ilo - transgredió en forma habitual y crónica los principios de constitucionalidad y de legalidad al aprobar indebidamente el Acta de Trato Directo de fecha 26 de noviembre del 2011, suscrito por la Comisión Paritaria de la MPI y el Delegado de los Funcionarios de Confianza y de Dirección de la MPI, en conclusión esta judicatura considera que la impugnada Resolución de Alcaldía 986- 2013-MPI (obra a fs. 71 a 72) se emitió en contravención de los Arts. 40 y 42 de la Constitución Política de 1993, del Art. 1 inc. 2 del Convenio 151 de la OIT Convenio sobre la Protección del Derecho de Sindicación y los Procedimientos para Determinar las Condiciones de Empleo en la Administración Pública, ratificado por el Perú el 27 de octubre de 1980, del Art. 2 del Decreto Legislativo N** 276, de los Arts. 1 y 2 del Decreto Supremo 070-85-PCM, y de los Arts. 1, 2 y 24 del Decreto Supremo N** 003-82-PCM, siendo causal de nulidad de pleno derecho o de nulidad absoluta, en consecuencia, la impugnada resolución administrativa incurre en causal de nulidad del acto administrativo que regula el Art. 10 inc. 1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General 27444.

33. En consecuencia, estando a los fundamentos expuestos, los dispositivos legales glosados, y administrando justicia a nombre de la Nación;

IV.- DECISIÓN:

1. Declarando **FUNDADA** la demanda interpuesta por **ARNALDO INOCENCIO OVIEDO DEL CARPIO Y LARRY JIMMY ORMEÑO CABRERA**, en contra de la **MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE ILO**, con citación del Procurador Público de la Municipalidad Provincial de Ilo; en consecuencia: **DECLARO** la **NULIDAD** de la Resolución de Alcaldía N° 986-2013-MPI, de fecha 03 de diciembre del 2013. Sin costos ni costas. – **REGÍSTRESE Y NOTIFÍQUESE.**-