



RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL N° 078-2018-G6-EMMSA

Santa Anita, 12 de octubre de 2018

VISTO:

El recurso de nulidad presentado con Registro N° 4618 de fecha 11.10.2018, ampliado mediante escrito con Registro N° 4632 de fecha 12.10.2018, presentado por el señor Primitivo Rodríguez Santiago, Secretario General del Sindicato de Empleados de la Empresa Municipal de Mercados S. A. EMMSA, y el Informe N° 127-GAL-EMMSA-2018 de fecha 12.10.2018, emitido por el Gerencia de Asesoría Legal; y,

CONSIDERANDO:

Que, la Empresa Municipal de Mercados S.A. en adelante EMMSA, es una empresa municipal de derecho privado, formada bajo la modalidad de Sociedad Anónima; sus acciones y patrimonio son propiedad de la Municipalidad Metropolitana de Lima - MML, gozando de autonomía económica y administrativa; se rige por su Estatuto Social, las disposiciones de carácter presupuestal, emitidas por la Dirección Nacional de Presupuesto Público y en forma supletoria por la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades; asimismo, al contar con autonomía administrativa, el régimen laboral del personal es el que establece el Decreto Legislativo N° 728;

Que, mediante Resolución de Gerencia General N° 055-2018-GG-EMMSA de fecha 03.08.2018, se resuelve designar al Comité del Concurso público de Méritos, precisando en sus considerandos que de conformidad con el Acuerdo de Directorio N° 039-2015 de fecha 26.10.2015, se aprueba el Reglamento de Organización y Funciones (ROF), disponiéndose la implementación del mismo con cargo al presupuesto institucional de la Empresa Municipal de Mercados S. A., en el marco de las leyes anuales del presupuesto y normatividad vigente, debiendo elaborarse los instrumentos de gestión en base a la nueva estructura orgánica;

Que, mediante Resolución de Gerencia General N° 057-2018-GG-EMMSA de fecha 13.08.2018, se resuelve aprobar las Bases del Concurso Público de Méritos N° 001-2018-EMMSA para la implementación de veintiséis (26) plazas vacantes, consideradas en la estructura orgánica de EMMSA, el mismo que cuenta con el Informe N° 00118-GPPE-EMMSA-2018 de fecha 06.08.2018, emitida por la Gerencia de Planeamiento, Presupuesto y Estadística, informando que cuenta con disponibilidad presupuestal para las veintiséis (26) plazas vacantes, el Informe N° 055-SGRH-EMMSA-2018 de fecha 09.08.2018, emitido por la Subgerencia de Recursos Humanos en el que informa que las bases cuenta con la estructura e información correspondiente a este tipo de proceso de selección de personal;

Que, las Bases del Concurso Público de Méritos N° 001-2018-EMMSA, establecen en las disposiciones finales Cuarta lo siguiente: "*Cuarto: Una vez finalizado y publicado los resultados del proceso de selección, en caso de existir reclamos, el postulante podrá presentar su recurso de reconsideración, en un plazo máximo de dos (02) días hábiles a partir del día siguiente de la publicación de resultados, solo respecto a la plaza que ha postulado*". Asimismo, con fecha 09.10.2018, se procedió a la publicación de resultados del Concurso Público de Méritos N° 001-2018-EMMSA a través de la página web;

Que, mediante escrito con Registro N° 4618 de fecha 11.10.2018 ampliado mediante escrito con Registro N° 4632 de fecha 12.10.2018, el señor Primitivo Rodríguez Santiago, en su condición de Secretario General del Sindicato de Empleados de la Empresa Municipal de Mercados S. A. EMMSA, interpone recurso de nulidad contra el Concurso Público de Méritos N° 001-2018-EMMSA;

Que, en relación al recurso de nulidad planteado mediante escrito con Registro N° 4618 de fecha 11.10.2018, debemos precisar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 221° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, "*El error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación siempre que del escrito se deduzca su verdadero carácter*"; adicionalmente a lo expuesto en la norma antes señalada, existe dos presupuestos básicos contenidos para la tramitación de los reclamos en este tipo de concursos: i) su interposición se realizará en el plazo de dos (02) días hábiles; y. ii) respecto de la plaza a cual se postula;





Que, considerando lo expuesto, a fin de garantizar el derecho de petición del solicitante de la nulidad, aún cuando no haya postulado a una plaza del concurso impugnado, la misma se tramitará bajo los alcances del recurso de reconsideración respecto del Concurso Público de Méritos N° 001-2018-EMMSA, en ese sentido, considerando que el recurso de reconsideración debe ser interpuesto dentro de los dos (02) días hábiles de publicados los resultados, y estando a que los resultados fueron publicados el 09.10.2018, el recurso de reconsideración ha sido interpuesto dentro del plazo previsto, por lo que, procede a su revisión;

Que, cabe señalar, que el artículo 217° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, dispone que los actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia no se requiere nueva prueba, por lo que, se tramitan como recursos de reconsideración, y en el presente caso agotando la vía administrativa;

Que, mediante escrito S/N con Registro N° 4618 de fecha 11.10.2018, el señor Primitivo Rodríguez Santiago, en su condición de Secretario General del Sindicato de Empleados de la Empresa Municipal de Mercados S. A. EMMSA, interpone recurso de nulidad contra el Concurso Público de Méritos N° 001-2018-EMMSA; ampliado mediante escrito S/N con Registro N° 4632 de fecha 12.10.2018, bajo los siguientes argumentos:

Escrito S/N con Registro N° 4618 de fecha 11.10.2018

- La contratación de personal se encuentra restringida por mandato de la Ley N° 30693, salvo que se cumpla con las excepciones que la ley señala, literal D y último Párrafo de la Primera Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N° 30693.
- La Directiva N° 010-GG-EMMSA-2017, aprobó las medidas de austeridad en su artículo 8°, precisando las prohibiciones de ingreso de personal a excepción de los siguientes casos: "**Por implementación del Reglamento de Organización y Funciones (ROF) para cubrir plazas previstas en el cuadro de asignación de personal (CAP) y Presupuesto Analítico de Personal (PAP), sustentadas para el normal funcionamiento y/o crecimiento de la empresa. En todo caso se debe contar con la disponibilidad presupuestal correspondiente.**"
- De las normas expuestas se advierte que no existe Presupuesto Analítico de Personal (PAP), siendo un requisito para el ingreso de personal en forma excepcional, y al no existir PAP no está sustentado en el normal funcionamiento y/o crecimiento de la empresa, incumpléndose otro presupuesto para la ejecución de contratación de personal, vulnerándose el Principio de Legalidad.
- La disponibilidad presupuestal, es otro presupuesto para la autorización de contratación de personal, se ha incumplido porque en reiteradas oportunidades se han negado a pagar el Pliego de Reclamos 2016-2017, por lo que no se tendría capacidad económica para contratar 26 personas a plazo indeterminado.
- Entonces se ha infringido la Directiva N° 010-GG-EMMSA-2017 y la Ley N° 30693, Ley de Presupuesto del Sector público para el año fiscal 2018, teniendo como causal de nulidad el Principio de Legalidad establecida en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Escrito S/N con Registro N° 4632 de fecha 12.10.2018 (Ampliación)

- Las ofertas del concurso público no están sustentadas en el normal funcionamiento de la empresa, más aún, si existen contingencias laborales como son los procesos judiciales de reposición que no se están tomando en cuenta, además de la existencia de una orden de SUNAFIL de reconocer a 19 trabajadores a plazo indeterminado, con ello la cantidad de trabajadores se va incrementar en forma innecesaria, generando contingencias laborales.
- Finalmente, precisa que la empresa ha sido embargada con un millón y medio de soles, teniendo contingencias laborales.

Que, de los argumentos formulados en el escrito de reconsideración, el enfoque del escrito de impugnación se encuentran dirigido a cuestionar la legalidad de la contratación de personal mediante





concurso público, sobre la base de normas presupuestales y hechos que se encuentran ventilados en la esfera judicial; en ese sentido, corresponde el análisis de cada uno de los supuestos planteados;

Que, en cuanto a los argumentos de vulneración de las disposiciones contenidas en la Ley N° 30693, Ley de Presupuesto Público para el periodo Fiscal 2018, y la Directiva N° 010-GG-EMMSA-2017, debemos manifestar como primer punto que Ley N° 30693, Ley de Presupuesto Pública para el periodo Fiscal 2018, establece en la Primera Disposición Complementaria Transitoria lo siguiente: *“Las entidades públicas que a continuación se detallan aprueban disposiciones de austeridad, disciplina y calidad en el gasto público y de **ingresos del personal**, que contienen necesariamente medidas en esos rubros. Dicha aprobación se efectúa conforme a lo siguiente: **d) En las empresas de los gobiernos regionales y de los gobiernos locales, mediante acuerdo de directorio”***

Que, la norma establece los presupuestos básicos para el ingreso de personal en las empresas de los gobiernos locales y regionales, el cual se realiza a través de un Acuerdo de Directorio, este presupuesto es requisito indispensable para que el acto del concurso público se revista de legalidad, en el presente caso, a través del Acuerdo de Directorio N° 039-2015 de fecha 26.10.2015, se aprueba el Reglamento de Organización y Funciones (ROF), disponiendo la **implementación del ROF con cargo al presupuesto institucional de la Empresa Municipal de Mercados S. A.**, en el marco de las leyes anuales del presupuesto y normatividad vigente, debiendo elaborarse los instrumentos de gestión en base a la nueva estructura orgánica, tal como lo establece la norma anual del presupuesto público, el ingreso de personal se efectúa a través del acuerdo de directorio, en el presente concurso público EMMSA actuó bajo la implementación ordenada bajo Acuerdo de Directorio N° 039-2015, por lo que, no se estaría infringiendo legalidad alguna que plantea el recurrente;

Que, en cuanto, a la vulneración de la legalidad contenida en la Directiva N° 010-GG-EMMSA-2017, previamente debemos considerar el contenido exacto al cual hace referencia, Artículo 8° literal d) que señala: *“Queda prohibido el ingreso de personal, salvo en los siguiente casos: **d) Por implementación del Reglamento de Organización y Funciones (ROF) para cubrir plazas previstas en el cuadro de asignación de personal (CAP) y Presupuesto Analítico de Personal (PAP), sustentadas para el normal funcionamiento y/o crecimiento de la empresa. En todo caso se debe contar con la disponibilidad presupuestal correspondiente”*** (énfasis nuestro);

Que, a continuación veamos los supuestos contenidos en la norma que posibilita el ingreso de nuevo personal a EMMSA: **Primero:** se permite el ingreso de personal **“por implementación del Reglamento de Organización y Funciones (ROF)”**, en el caso de EMMSA este supuesto se ha cumplido con el Acuerdo de Directorio N° 039-2015 de fecha 26.10.2015, que dispone la implementación del ROF de EMMSA; **Segundo:** “Para cubrir plazas **previstas en el cuadro de asignación de personal (CAP)**”, este presupuesto también se cumple, pues tal como lo señala la Resolución de Gerencia General N° 055-2018-GG-EMMSA de fecha 03.08.2018, las plazas concursadas se encuentran contenidas en el Cuadro de Asignación de Personal aprobado mediante Resolución de Gerencia General N° 038-GG-EMMSA-2018, al cual hace referencia también la Resolución de Gerencia General N° 057-2018-GG-EMMSA de fecha 13.08.2018, que resuelve aprobar las bases del concurso, con lo cual queda claro que se cumplió con dicho presupuesto; **Tercero:** En cuanto al presupuesto **“sustentadas para el normal funcionamiento y/o crecimiento de la empresa”**, queda claro que bajo la autorización de la implementación de la nueva estructura de EMMSA en el ROF, se garantizaría el normal funcionamiento y crecimiento de la empresa, por las actividades y servicios públicos que brinda; **Cuarto:** En cuanto a la **“disponibilidad presupuestal”**, el Concurso Público de Méritos N° 001-2018-EMMSA, a través del Informe N° 00118-GPPE-EMMSA-2018 de fecha 06.08.2018, emitida por la Gerencia de Planeamiento, Presupuesto y Estadística, informa que cuenta con disponibilidad presupuestal para las veintiséis (26) plazas vacantes, con lo cual se estaría cumpliendo con este presupuesto; y, **Quinto:** Respecto a la condición de **“Presupuesto Analítico de Personal”**, debemos precisar que la Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, establece en su Segunda Disposición Transitoria: *“3. Plaza presupuestada es el cargo contemplado en el Cuadro para Asignación de Personal (CAP) que cuente con el financiamiento debidamente previsto (...)”* considerando lo expuesto, el Informe N° 00118-GPPE-EMMSA-2018 de fecha 06.08.2018, emitida por la Gerencia de Planeamiento, Presupuesto y Estadística, ha establecido que las plazas no ocupadas cuentan con disponibilidad presupuestal;





Que, conforme a los argumentos anotados, queda claro que el Concurso Público de Méritos N° 001-2018-EMMSA, ha cumplido con los presupuestos establecidos en la Ley N° 30693, Ley de Presupuesto Público para el periodo Fiscal 2018, y la Directiva N° 010-GG-EMMSA-2017, no observando que se haya vulnerado el principio de legalidad al cual alude el recurso de reconsideración presentado por el recurrente con Registro N° 4618, en ese sentido, los argumentos planteados en los literales a), b), c) y e) carecen de todo sustento, por lo que se desestima en este extremo;

Que, en cuanto al argumento que cuestiona: i) la disponibilidad presupuestal por haberse negado al pago del Pliego de Reclamos 2016-2017; ii) contingencia laborales de reincorporación, el embargo de un millón y medio; y, iii) el nombramiento ordenado por SUNAFIL de 19 personas a la empresa; al respecto se debe precisar que no corresponde emitir pronunciamiento por encontrarse judicializado, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 4° del Texto Único Ordenado (T.U.O.) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, establece que: *"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"*; y, iv) Finalmente, sobre el nombramiento ordenado por SUNAFIL de 19 personas a la empresa, debemos precisar que el mismo se encuentra en procedimiento administrativo de fiscalización, sin haberse emitido acto administrativo que establezca o determine indefectiblemente una orden a la cual hace referencia;

Que, de acuerdo a lo fundamentos planteados en los literales d), f) y g) del Recurso presentado con Registro N° 4632, no cuentan con argumentos o planteamientos facticos que incidan en la declaración de nulidad de la Concurso Público de Méritos N° 001-2018-EMMSA, por lo que se desestima estos extremos del recurso de reconsideración formulado;

Que, en consecuencia, el Concurso Público de Méritos N° 001-2018-EMMSA ha sido llevado cumpliendo con los presupuestos establecidos en el marco legal, cumpliendo con el principio de legalidad establecido en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, razón por la cual el recurso de reconsideración formulado por el señor Primitivo Rodríguez Santiago, en su condición de Secretario General del Sindicato de Empleados de la Empresa Municipal de Mercados S. A. EMMSA, contra el Concurso Público de Méritos N° 001-2018-EMMSA, deviene en infundada; y,

En uso de las facultades conferidas a la Gerencia de General y con el visto de la Gerencia de Asesoría Legal;

SE RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar INFUNDADO el Recurso de Reconsideración y su ampliación, presentado por el señor Primitivo Rodríguez Santiago, en su condición de Secretario General del Sindicato de Empleados de la Empresa Municipal de Mercados S. A. EMMSA, contra el Concurso Público de Méritos N° 001-2018-EMMSA, conforme a los fundamentos expuestos en la presente resolución.

Artículo Segundo.- NOTIFICAR al señor Primitivo Rodríguez Santiago, para conocimiento.

Artículo Tercero.- Dar por agotada la vía administrativa.

Regístrese, comuníquese y cúmplase.



EMPRESA MUNICIPAL DE MERCADOS S.A.

JOSE ANTONIO LUNA BAZO
GERENTE GENERAL