



Resolución Gerencial Regional N° 0286

-2010-GORE-ICA/GRDS

Ica 16 AGO. 2010

VISTO, los expedientes administrativos N° 03854 y 5074-2010 relacionados con el Recurso de Apelación interpuesto por Don **TEODOMIRO NIETO CABRERA** contra la Resolución Directoral Regional N° 0950-2010 expedida por la Dirección Regional de Educación y solicita su Revocatoria por haberse expedido contraria a Ley.

CONSIDERANDO:

Que, mediante Resolución Global N° 128-2,001-GO.DP/ONP de fecha 17 de febrero del 2,001, la Oficina de Normalización Previsional, resuelve otorgar a favor del servidor Cesante Don Teodomiro Nieto Cabrera la cantidad de Ciento Quince y Cincuenta y dos Nuevos Soles (S/.115.52), equivalente a dos (02) remuneraciones totales permanentes percibidas en calidad de Subsidio por Luto por el fallecimiento de su Sra. Madre Doña Carmen Rosa Cabrera de Nieto, acaecido el 10 de enero del 2,001;

Que, no conforme con lo determinado por la Oficina de Normalización Previsional, el recurrente solicita mediante expediente N° 2216 de fecha 20 de enero del 2,010 subsidio por Luto por el fallecimiento de su Sra. Madre Carmen Rosa Cabrera Nieto pero de conformidad con lo dispuesto por el artículo 144° del D.S. 005-90-PCM "Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa". La solicitud fue declarada Improcedente mediante R.D.R. N° 950 de fecha 15 de abril del 2,010, expedida por la Dirección Regional de Educación de Ica.

Que, el 26 de abril del 2,010 con expediente N° 14370 de la Dirección Regional de Educación de Ica, Don Teodomiro Nieto Cabrera presenta Recurso de Apelación contra la R.D.R. N° 950, alegando que se ha expedido contraria a Ley, solicitando que se realicen los cálculos para su reintegro sobre la base de la Remuneración Total de acuerdo a lo que dispone el D.L 276 "Ley de Bases de la Carrera Administrativa" Art. 144° y 145° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM "Reglamento de la Carrera Administrativa" y no sobre la base de la remuneración Total Permanente regulada por el D.S.N°51.91-PCM. El expediente es elevado al Gobierno Regional de Ica con Oficio N° 2144-GORE-ICA-DRED/OSG y luego, derivado a esta Oficina Regional de Asesoría Jurídica, para el trámite que corresponde.

Que, revisados los documentos actuados, se apreció que no estaba en el expediente el Informe técnico sobre el cual se sustenta la resolución impugnada por lo que, con memorando N° 519 de fecha 09 de Julio se solicitó a la DREI que remita dicho Informe Técnico y los demás actuados. El Memorando fue respondido con el Oficio 2792 de fecha 09 de julio que trae adjunto lo solicitado e ingresa con expediente N° 05074.

Que, de conformidad a lo dispuesto por el Art. 209 de la Ley N° 27444 "Ley de Procedimiento Administrativo General", el recurso de apelación se interpondrá cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, debiéndose dirigir a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico; y en el Art. 211°, concordante con el Art. 113° del citado cuerpo normativo, establece los requisitos de admisibilidad y procedencia que reúne el recurso de apelación interpuesto por don Teodomiro Nieto Cabrera contra la Resolución Directoral N° 950-2010 de la Dirección Regional de Educación de Ica.

Que, los Arts. 144° y 145° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM "Reglamento de la Carrera Administrativa", establece que: "En el caso de fallecimiento de familiar directo del servidor, cónyuge, hijos o padres, dicho subsidio será de dos remuneraciones totales"; y respecto al Subsidio por gastos de sepelio será de dos (2) remuneraciones totales y se otorga a quien haya corrido con los gastos pertinentes.

Que, los dispositivos legales citados en el numeral precedente hacen referencia a la Remuneración Integral. Sobre el particular, existen reiteradas ejecutorias, como la del Tribunal Constitucional – Proceso de Amparo, Expediente N° 2005-0296-130801SC1C, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" con fecha 27 de Octubre de 2005, Expediente. N° 0501-2005-PA/TC y Expediente N° 1466-2003, que resulta ser de aplicación en el presente caso. Dicha ejecutoria señala que, los Subsidios por Luto y Gastos de Sepelio otorgados en base a la Remuneración Total Permanente, resulta ser una suma diminuta y por consiguiente se han vulnerado derechos constitucionales al aplicarse para ello el concepto de remuneración total permanente regulado por el D.S.N° 051-91-PCM, norma que en modo alguno puede modificar o desnaturalizar un precepto legal de rango jurídico superior como es el Decreto Legislativo N° 276 "Ley de Bases de la Carrera Administrativa del Sector Público" y su Reglamento aprobado por D.S.N° 005-90-PCM, pues la afectación a los derechos constitucionales del recurrente, se sustenta no sólo en el principio de jerarquía normativa contenido en el Art. 51° de la Constitución vigente, sino, especialmente en el principio de observancia del ordenamiento jurídico de la Nación que consagra el Artículo 38° del mismo precepto constitucional y que, teniendo un alcance erga omnes, vincula a todos sin excepción.



Que, son éstos los principios constitucionales vulnerados en primer término, al haberse expedido la Resolución Directoral N° 950-2,010, y como consecuencia de ello, la consiguiente afectación de los derechos laborales expresados en los Artículos 24 y 26, inciso 2 de la Ley fundamental; pues, deben entenderse como Remuneración Total la que estipula el inciso b) del Art. 8° del D.S.N° 051-91-PMC Remuneración Total Permanente y los conceptos remunerativos adicionales otorgados por Ley expresa, los mismos que se dan por el desempeño de cargos que implican y/o condiciones distintas al común. En ese sentido la liquidación de la bonificación que le corresponde percibir al recurrente por concepto de subsidio por Luto, debe efectuarse sobre la base de las Remuneración Total, conforme se establece en el Art. 144° y 145° del D.S.N° 005-90-PCM "Reglamento de la Ley de la Carrera Administrativa". A mayor sustento, tenemos la Sentencia de Vista expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, recaída en el Expediente N° 2004-203 sobre Impugnación de Resolución Administrativa, la misma que, en el octavo considerando señala: "...el control difuso, llamado también control judicial de la constitucionalidad de las leyes, lo puede ejercer todo Juez ordinario a la luz de lo dispuesto por el segundo párrafo del Art. 138° de nuestra Constitución Política del estado, en la que se establece: "...En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior..." El referido control judicial, también ha sido recogido en el Art. 14° de la Ley Orgánica del Poder Judicial; con el mismo criterio, "...El Juzgador al advertir un conflicto de leyes, ha preferido correctamente la norma de mayor jerarquía, pues frente al conflicto existente entre el Decreto Legislativo N° 276, y su Reglamento aprobado por el D.S. N° 005-90-PCM, que hace referencia a la Remuneración Total y el D.S. N° 051-91-PCM, que hace referencia a la Remuneración Total Permanente, el Aquo prefiere la primera. Queda claro entonces que, las resoluciones administrativas que por este motivo son impugnadas en la vía judicial, no sólo contravienen las leyes que regulan la materia del Decreto Legislativo N° 276 "Ley de Bases de la Carrera Administrativa" y del sector Público", su Reglamento aprobado por D.S.N° 005-90-PCM, sino que además, contravienen la jerarquía de las normas que establece el Art. 51 de la Constitución Política del Perú.

Que, el referido control difuso de la constitucionalidad de las normas no es una función exclusiva del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional, sino también de la Administración Pública. Es así que, sobre el control difuso de la constitucionalidad de las normas en el ámbito administrativo, en la Sentencia N° 3741-2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional establece "que todo órgano de la Administración Pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infra constitucional que la vulnera manifiestamente". De la misma forma, en el Exp. N° 0050-2004-AI/TC, el Tribunal Constitucional señala : "... es preciso dejar a un lado la errónea tesis conforme a la cual, la Administración Pública se encuentra vinculada a la Ley o a las normas expedidas por las Entidades de Gobierno, sin poder cuestionar su constitucionalidad. En tal sentido, en los supuestos de manifiesta inconstitucionalidad de normas legales o reglamentarias, la administración no sólo tiene la facultad sino el deber de desconocer la supuesta obligatoriedad de la norma infra constitucional viciada, dando lugar a la aplicación directa de la Constitución. Más aún, si en la ley fundamental no existe una disposición expresa que prohíba hacer cumplir el principio jurídico de la "supremacía constitucional".

Que, El Tribunal Constitucional como órgano de control de la Constitución, en reiteradas y uniformes jurisprudencias se ha pronunciado en el sentido que, los derechos reclamados por los recurrentes deben otorgarse en función a la Remuneración Total y no en función a la Remuneración Total Permanente y como tal, sus pronunciamientos tienen carácter vinculante para casos similares. Los conceptos pretendidos deben ser otorgados en base a la REMUNERACION TOTAL por lo que, a efectos de determinar los montos que les corresponde percibir, es necesario tener en cuenta los conceptos que integran la remuneración total prevista en el Inciso b) del Art. 8 del D.S.N° 051-91-PCM: que dice: Remuneración Total, es aquella que está constituida por la Remuneración Total Permanente y los conceptos remunerativos adicionales otorgados por Ley expresa, los mismos que se dan por el desempeño de cargos que implican exigencias y/o condiciones distintas al común.

Que, pese a la reiterada jurisprudencia que en casos similares ha emitido tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional, el Gobierno Regional como última instancia administrativa, acatando lo dispuesto por el D.S.N° 051-91-PCM así como las diferentes disposiciones impartidas por el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) sobre la materia, ha venido denegando el derecho de los administrados de percibir los beneficios de Subsidio por Luto y Gastos de Sepelio, así como los beneficios por cumplir 25 y 30 años de servicio en base a la remuneración Total, inobservando tales precedentes con evidente perjuicio de los administrados, quienes se han visto forzados a recurrir al órgano jurisdiccional para reclamar frente al pago diminuto de dichos conceptos, obteniendo sentencias favorables y advirtiéndose que, en algunos casos, se vienen emitiendo sentencias condenando al pago de las costas y costos del proceso a los funcionarios que resulten responsables, afectando los intereses de la Entidad:



Resolución Gerencial Regional N° 0286

-2010-GORE-ICA/GRDS

disposiciones que resultan inaplicables para el presente caso toda vez que el Decreto Legislativo N° 276 "Ley de Bases de la Carrera Administrativa" y su Reglamento, son jerárquicamente superiores a las Directivas y/o Resoluciones emitidas por la Dirección Nacional de Presupuesto Público, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 51° de la norma constitucional que prevé la jerarquía normativa. En consecuencia, al amparo de lo expuesto en los numerales precedentes del presente informe y, a lo previsto en el numeral 2 del Art. VI del Título Preliminar de la Ley N° 27444 "Ley del Procedimiento Administrativo General", los criterios interpretativos establecidos por las entidades, podrán ser modificados si se considera que no es correcta la interpretación anterior o es contraria al interés general. La nueva interpretación no podrá aplicarse a situaciones anteriores, salvo que fuere más favorables a los administrados", resulta necesario modificar el criterio que se ha venido adoptando en precedentes administrativos de carácter regional, siendo amparable el recurso interpuesto por el recurrente.

Estando al Informe Legal N° 549-2010-ORAJ, de conformidad con la Ley N° 27444 "Ley del Procedimiento Administrativo General", el D.L. N° 276 "Ley de Bases de la Carrera Administrativa" Reglamentada por el D.S. 005-90-PCM y con las facultades conferidas por la Ley N° 27783 "Ley de Bases de la Descentralización", Ley N° 27867 "Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales" modificada por la Ley N° 27902 y la R.E.R. N° 197-2010-GORE-ICA/PR

SE RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- Acumular los expedientes administrativos N° 3854 y 05074-2,010 por tener conexidad.

ARTÍCULO SEGUNDO.- Declarar **FUNDADO** el Recurso de Apelación interpuesto por Don **TEODOMIRO CABRERA NIETO** contra la Resolución Directoral Regional N° 950-2,010, expedida por la Dirección Regional de Educación de Ica. Por lo tanto, Nula la Resolución materia de impugnación;

ARTÍCULO TERCERO.- Que, la Dirección Regional de Educación de Ica, realice los cálculos para el pago por concepto de subsidio por Luto por fallecimiento de familiar directo, en base a la Remuneración Total o Íntegra y luego, expida el acto resolutorio de acuerdo a lo previsto en el Art.144° y 145° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM "Reglamento de la Carrera Administrativa" y, previa deducción de lo pagado, abone a Don Teodomiro Nieto Cabrera la diferencia. la Suma será cancelada de acuerdo a la disponibilidad presupuestal, es decir que, la efectividad de dicho pago estará sujeto al desembolso que realice el Ministerio de Economía y Finanzas para el cumplimiento de la obligación.

ARTÍCULO CUARTO.- Dar por Agotada la vía administrativa.

REGÍSTRESE Y COMUNÍQUESE.

GOBIERNO REGIONAL DE ICA
Gerencia Regional de Desarrollo Social

Dra. CECILIA MINAYA
GERENTE REGIONAL

