



MUNICIPALIDAD DISTRICTAL DE YARINACOA



RESOLUCIÓN DE ALCALDÍA N° 093-2019-MDY

Puerto Callao,

06 FEB. 2019

VISTOS:

El trámite externo N° 15593-2018, el Informe N° 853-2018-MDY-GAF-SGRH de fecha 19.09.2018, y el Informe Legal N° 106-2019-MDY-GM-Gaj de fecha 25.01.2019, y;

CONSIDERANDO:

Que, mediante escrito recepcionado por la Entidad con fecha 06.09.2018, el señor **Guillermo Antonio Lobo Aguinaga**, solicita el reconocimiento y el pago de la suma de: *S/* 18,000.00 (dieciocho mil con 00/100 soles), argumentando que mediante Resolución de Alcaldía N° 088-2018-MDY de fecha 08.03.2018 fue contratado por la Entidad en la modalidad de CAS funcional para ocupar el cargo de **Gerente de Asesoría Jurídica** de la Municipalidad Distrital de Yarinacocha, plasmando también dicha contratación a través del Contrato CAS N° 0002-2018-MDY de fecha 15.03.2018 y Addenda N° 01 de fecha 20.06.18, cuya duración estipulaba hasta el 31.12.2018; sin embargo, con fecha 27.08.2018 por medio del memorándum N° 035-2018-MDY-ALC de fecha 27.08.2018, la Entidad de manera arbitraria e incumpliendo su contrato CAS, le cesó de su cargo, amparando legalmente su solicitud en el artículo 10° del D. Leg. N° 1057, el cual indica que se otorga al trabajador una indemnización equivalente a las remuneraciones mensuales dejadas de percibir hasta el cumplimiento del plazo contractual, en caso exista una resolución arbitraria e injustificada.

Que, con Informe N° 853-2018-MDY-GAF-SGRH de fecha 19.09.2018, la Sub Gerencia de Recursos Humanos informa al Gerente de Administración y Finanzas que, lo solicitado por el recurrente deviene en improcedente, por lo motivos que fundamenta en su respectivo informe.

Que, siendo así, el Titular de la Entidad suscribió la Resolución de Alcaldía N° 088-2018-MDY de fecha 08.03.2018, en cuyo artículo primero resolvió literalmente lo siguiente: **"DESIGNAR a partir de la fecha, al señor Guillermo Antonio Lobo Aguinaga, en el cargo de confianza de Gerente de Asesoría Jurídica de la Municipalidad Distrital de Yarinacocha, bajo lo normado por el Decreto Legislativo N° 1057, normas conexas, modificatorias y reglamentarias, precisándose que su remuneración se encuentra sujeta a la disponibilidad presupuestal de la Entidad y afectará la partida 2.3 de la misma."** Y en su artículo tercero resolvió lo siguiente: **"ESTABLECER que la designación del personal de confianza via CAS-Funcional, no requiere de concurso público, no se encuentra sujeta al cumplimiento de los plazos establecidos por las normas reglamentarias del régimen en mención, por la misma razón de ser cargo de confianza"**. (Énfasis y subrayado es propio).

Que, a través del Contrato Administrativos de Servicios N° 0002-2018-MDY suscrito por la Entidad con el recurrente con fecha 15.03.2018 y la Adenda N° 01 de fecha 20.06.2018, se ha estipulado en el primer párrafo de la cláusula sexta – Plazos y forma de pago, que su contrato como Gerente de Asesoría Jurídica, sería desde el 01.03.2018 hasta el 31.12.2018.

De la contratación de Funcionarios bajo el Régimen del D. Leg. N°1057

Que, nuestra Constitución Política en el artículo 39° establece que: **"Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación"** y Seguidamente, el artículo 40° señala que **"La ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. No están comprendidos en dicha carrera los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza"**; es decir, que los empleados de confianza, al igual que el resto de funcionarios y servidores públicos, se encuentran al servicio de la Nación, no obstante, están sujetos a determinadas particularidades en el ejercicio de su función pública.

Que, el Decreto Legislativo N° 1057 y su Reglamento establecen reglas para el ingreso al régimen CAS en igualdad de oportunidades, garantizando el cumplimiento de los principios de mérito y capacidad. El primer dispositivo prescribe que el acceso a dicho régimen se realiza obligatoriamente mediante concurso público; en tanto que el segundo prevé un procedimiento que incluye diversas etapas para el efecto como: preparatoria, convocatoria, selección y, finalmente, de firma y suscripción del contrato.

Que, tales disposiciones son concordantes con la Ley Marco del Empleo Público, Ley N° 28175 (que establece que el acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto en base a los méritos y capacidad de las personas, en un régimen de igualdad de oportunidades-artículo 52°); asimismo, el Decreto Legislativo N° 1023, dispone en el artículo IV de su Título Preliminar que: **"El ingreso al servicio civil permanente o temporal se realiza mediante procesos de selección transparentes sobre la base de criterios objetivos, atendiendo al principio del mérito"**.

Que, ésta última norma, estipula en la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29849 – que establece la Eliminación Progresiva del Régimen Especial del Decreto Legislativo N° 1057 (Contratación de Servicios CAS) y otorga derechos laborales, señala que: **"El personal del empleo público clasificado como: funcionario, empleado de confianza y directivo superior, según las definiciones de la Ley Marco del Empleo Público, pueden ser contratado mediante el régimen de contratación administrativa de servicios, estando excluido de la realización del concurso público referido en el artículo 82° del Decreto Legislativo N° 1057"**. (énfasis es propio). La misma que **debe ser entendida únicamente al personal de libre designación y remoción**, por lo que en el caso de los funcionarios públicos de elección popular y de designación y remoción regulados, no se aplica la citada disposición.



Que, en tal sentido, los funcionarios públicos sobre los cuales recae lo establecido la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29849 son solamente los de libre nombramiento y remoción al cumplir éstos con la exclusión de realización de concurso público. Esta disposición no es extensiva a los funcionarios de elección popular o de nombramiento y remoción regulados, quienes se rigen por sus normas y características de su cargo.

Que, al respecto el numeral 1) del artículo 4° de la Ley 28175 – Ley Marco del Empleo Público estipula que:

1. **Funcionario Público.** - Es el que desarrolla funciones de preeminencia política, reconocida por norma expresa, que representan al Estado o a un sector de la población, desarrollan políticas del Estado y/o dirigen organismos o entidades públicas. El Funcionario Público puede ser:
 - i. De elección popular directa y universal o confianza política originaria. (Presidente, Congresistas, alcaldes, etc.)
 - ii. De nombramiento y remoción regulados. (Jefes de reguladores por ejemplo).
 - iii. **De libre nombramiento y remoción. (típico caso de ministros de Estado).**

Y en el caso de autos a los Gerentes y Sub Gerentes, se les considera como funcionarios de libre nombramiento y remoción.

Que, el Decreto Legislativo N° 1057, se tiene que en la Cuarta Disposición Complementaria Transitoria del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1057 se establece una regulación especial para los funcionarios y directivos que sean designados por resolución, estableciéndose que: **"Los cargos cubiertos por personas designadas por resolución no se encuentran sometidos a las reglas de duración del contrato, procedimiento, causales de suspensión o extinción regulados por el presente reglamento. Les son de aplicación las disposiciones legales y reglamentarias que regulan la materia"**

Que, de acuerdo a las normas glosadas, las entidades públicas comprendidas en el Decreto Legislativo N° 1057 pueden contratar personal bajo el régimen CAS (no es obligatorio) para que ejerzan funciones que son propias de un funcionario o directivo de la institución, siempre que su designación en el cargo se haya efectuado por libre decisión del Titular de la Entidad.

Analizando la Norma con la solicitud y los medios probatorios presentados por el señor Guillermo Antonio Lobo Aguinaga

Que, en el caso de autos, el recurrente fue contratado bajo el régimen laboral del D. Leg. N° 1057 - CAS, en cuya Resolución de Alcaldía N° 088-2018-MDY de fecha 08.03.2018 (detallado en el considerando cuarto de la presente resolución), se ha dejado en claro que, la contratación de **Guillermo Antonio Lobo Aguinaga**, era para un cargo de confianza como es, el de Gerente de Asesoría Jurídica de la Municipalidad Distrital de Yarinacocha y, por tal razón, al no haber ingresado por concurso público, no se encontraba sujeto al cumplimiento de los plazos establecidos por las normas reglamentarias del régimen en mención, por la misma razón de ser cargo de confianza.

Que, lo expuesto en el considerando anterior, se encuentra respaldado por la Cuarta Disposición Complementaria Transitoria del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1057, descrita en el considerando décimo segundo.

Que, aunado a ello, tenemos que, el VII Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional (publicado en la separata de Jurisprudencia del diario Oficial "El Peruano" del día sábado 1 de setiembre del 2018), ha estipulado que **los trabajadores de empresas privadas y entidades públicas que ingresaron directamente o fueron designados a un cargo de confianza o de dirección, no les corresponde el pago de la indemnización por despido arbitrario en caso su empleador le retire la confianza (...).**

Que, asimismo el recurrente pretende amparar su solicitud en su Contrato Administrativo de Servicios N° 0002-2018-MDY suscrito por la Entidad con fecha 15.03.2018 y la Addenda N° 01 de fecha 20.06.2018, por cuanto en el primer párrafo de la cláusula sexta – Plazos y forma de pago, se habría estipulado que su contrato como Gerente de Asesoría Jurídica, sería desde el 01.03.2018 hasta el 31.12.2018; sin embargo fue **cesado** con fecha **27.08.2018** por medio del memorándum N° 035-2018-MDY-ALC de fecha 27 de agosto del 2018; es decir, faltando para que cumpla su contrato 4 meses con 3 días.

Que, si bien es cierto, el artículo 10° del D. Leg. N° 1057 ya mencionada, otorga una indemnización al trabajador equivalente a las remuneraciones mensuales dejadas de percibir hasta el cumplimiento del plazo contractual, ello se da, siempre y cuando exista una resolución arbitraria e injustificada.

Que, en el caso del recurrente, la causal de cese en su cargo de Gerente de Asesoría Jurídica, se debió a que el Titular de la Entidad le retiró la confianza; causal que no resulta ser arbitraria e injustificada, porque como se vuelve a repetir, al señor **Guillermo Antonio Lobo Aguinaga** se le contrató en un cargo de confianza, la misma que es de libre nombramiento y remoción y no se encuentra sujeto a plazos, hecho que se resaltó en su propia Resolución de Alcaldía N° 088-2018-MDY de fecha 08.03.2018.

Que, lo expresado anteriormente encuentra su sustento legal independientemente del propio D. Leg. 1057, en el artículo 6° de la Ley Orgánica de Municipalidades el cual estipula que: **"La alcaldía es el órgano ejecutivo del gobierno local. El alcalde es el representante legal de la municipalidad y su máxima autoridad administrativa"**; asimismo en su artículo 20° numeral 17) precisa que: **"Son atribuciones del alcalde: 17) Designar y cesar al gerente municipal y a propuesta de éste, a los demás funcionarios de confianza"**.

Que, de lo expresado, se puede inferir que el término atribución hace alusión a la facultad o competencia para hacer algo que tiene una persona en función de su cargo o de su empleo; es decir, dicha competencia que le atribuye la Ley Orgánica al alcalde es a su libre albedrío y no amerita cuestionamiento, ni justificación alguna.

Que, por otro lado y reforzando la idea plasmada hasta este momento se tiene que, si bien en el contrato CAS que la Entidad suscribió con el recurrente se le ha fijado un plazo de duración el cual resulta contradictorio con la Resolución de Alcaldía N° 088-2018-

MDY de fecha 08.03.2018, que estipula que el mismo no está sujeto a plazo. Para ello el Código Civil en algunos artículos estipula lo siguiente:

- a. El artículo V del título preliminar: Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.
- b. El artículo 140º: El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere: Agente capaz, objeto física y jurídicamente posible, fin lícito y observancia de la formas prescrita bajo sanción de nulidad.
- c. El artículo 169º: Las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte de todas.
- d. El artículo 169º: La nulidad de una o más disposiciones de un acto jurídico no perjudica a las otras, siempre que sean separables. La nulidad de disposiciones singulares no importa la nulidad del acto cuando éstas sean sustituidas por normas imperativas.
- e. El artículo 1354º: Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre y cuando no sea contrario a la norma legal de carácter imperativo.
- f. El artículo 1355º: La ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos.
- g. El artículo 1356º: Las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas.

En el caso de autos, por imperio de la Cuarta Disposición Complementaria Transitoria del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1057, la duración del contrato del recurrente no se encuentra sometido a las reglas de duración del contrato, por ende dicha cláusula resulta nula de pleno derecho, por ser contrario a ley.

Que, de lo ya anotado, se concluye que, la indemnización por despido arbitrario solicitada por el recurrente, en su calidad de ex - funcionario es infundado porque:

- a. Su contratación estuvo sujeta a un cargo de confianza de libre nombramiento y remoción (según el artículo 42º de la Ley Marco del Empleo Público), al haber ingresado a laborar a la Municipalidad Distrital de Yarinacocha sin concurso público de méritos. Lo que quiere decir que su designación y cese se encontró supeditado a la sola voluntad del responsable de su nombramiento, es decir: del Alcalde, por ende no es arbitraria, ni injustificada.
- b. Y porque la cláusula sexta del Contrato Administrativo de Servicios N° 0002-2018-MDY, sólo en lo que respecta al plazo suscrito por la Entidad con el recurrente con fecha 15.03.2018 y la adenda N° 01 de fecha 20.06.18 es nulo de pleno derecho al haberse insertado condiciones contrarias a la Cuarta Disposición Complementaria Transitoria del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1057.

Que, de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 194º de la Constitución Política del Perú y de lo establecido en el Artículo II del Título Preliminar de la Ley N° 27972 – Ley Orgánica de Municipalidades, los Gobiernos Locales gozan de autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia.

Que, de conformidad con lo previsto en el Artículo 39º de la Ley N° 27972 – Ley Orgánica de Municipalidades: "Las Resoluciones de Alcaldía aprueban y resuelven los asuntos de carácter administrativo."

Que, la Alcaldía es el órgano ejecutivo del Gobierno Local, y su titular es el Representante Legal y su máxima autoridad administrativa, facultado para dictar Decretos y Resoluciones con sujeción a las leyes y ordenanzas, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 6) del Art. 20º de la Ley N° 27972 – Ley Orgánica de Municipalidades.

SE RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- Declarar **INFUNDADO** la solicitud del administrado **GUILLERMO ANTONIO LOBO AGUINAGA**, por los fundamentos expuestos en la presente resolución

ARTÍCULO SEGUNDO.- **DECLARAR** por agotada la vía administrativa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50º de la Ley 27972 – Ley Orgánica de Municipalidades.

ARTÍCULO TERCERO.- **ENCARGAR** a la Sub Gerencia de Recursos Humanos, el cumplimiento de la presente resolución.

ARTÍCULO CUARTO.- **ENCARGAR** a la Procuraduría Pública Municipal, analizar lo descrito en el vigésimo segundo considerando de la presente resolución y proceder conforme a sus atribuciones.

ARTÍCULO QUINTO.- **ENCARGAR** a la Sub Gerencia de Informática y Estadística, la publicación de la presente resolución en el portal institucional de la Municipalidad Distrital de Yarinacocha.

ARTÍCULO SEXTO.- **ENCARGAR** a Secretaría General la notificación y distribución de la presente resolución.

Registros, Cómputos y Archivos



MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE YARINACOCHA
Abg. JERLY DÍAZ CHOTA
Alcaldesa