



MUNICIPALIDAD PROVINCIAL
DE SULLANA

RESOLUCION DE ALCALDIA N° 0369-2019/MPS.



Sullana, 11 de marzo del 2019.

VISTO: El Expediente N°34923 de fecha 14 de octubre de 2018 presentado por doña Nelly Nancy Valdivia Peña, mediante el cual solicita se deje sin efecto despido arbitrario incausado; y

CONSIDERANDO:

Que, mediante el documento del Visto doña Nelly Nancy Valdivia Peña, solicita se deje sin efecto despido arbitrario incausado, amparándose en el Art. 2° numeral 15 y 2, Arts. 22, 23, 26 y 27 de la Constitución Política del Estado, así como el Art. 1° de la Ley 24041, por ello se sirva dejar sin efecto el despido arbitrario incausado, que ha cometido esta Comuna, en su contra, tal y conforme lo demuestra con la Certificación Policial de fecha 23 de octubre de 2018, donde en foma indubitable y plena acredita que se le prohibido ingresar a laborar como Auxiliar Administrativa de la Sub Gerencia de Promoción Económica, Unidad Orgánica debidamente estructurada, coberturada y presupuestada de la comuna de Sullana;

Que, en su escrito cita que sus labores ininterrumpidas por las que peticiona reposición, es a partir del 01 de febrero de 2016, en la modalidad de locación de servicios, en forma ininterrumpida, con subordinación, dependencia y remuneración, esto hasta el 22 de octubre de 2018, día en que se apersonó pero le fue impedido su ingreso a laborar, lo cual contraviene al Principio de la Primacía de la Realidad, Continuidad Laboral, Irrenunciabilidad de Derecho, es más que el Tribunal Constitucional ha emitido sentencia en idénticos casos, de despido incausado. Indicando que su remuneración ascendía a S/.1,100.00; por ello reincorporarla a sus labores de Auxiliar Administrativo de la Sub Gerencia de Promoción Económica;

Que, con Expediente N°2115 de fecha 21 de enero del año en curso doña Nelly Nancy Valdivia Peña interpone recurso de apelación por denegatoria ficta, indicando que se ha vencido el plazo de 30 días hábiles para emitir pronunciamiento del expediente del Visto, sin sustentar porque causal fáctica – normativa del Art. 218 del TUO de la Ley N°27444, el recurso de apelación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho;

Que, en concordancia con lo prescrito en el Art. 6° y 50° de la Ley Orgánica de Municipalidades, el Alcalde en un Gobierno Local, es el máximo representante legal y autoridad a nivel administrativo, agotándose la vía administrativa con él, pues no existe superior jerárquico a él, salvo en temas de materia tributaria, y lo prescrito en el Art. 51 de la Ley Orgánica en comentario (reconsideración de Acuerdo de Concejo);

Que, en virtud a lo expuesto, en concordancia con el Principio de Informalismo; prescrito en el Art. IV, numeral 1.6 del Título Preliminar del TUO de la Ley N°27444, y el Art. 197° numeral 197.4 del citado cuerpo normativo, es que se resolverá la Solicitud de Dejar sin efecto Despido Arbitrario y el recurso de apelación precitado;

Que, se debe indicar que en los actuados que se tiene a la vista; y a razón del Proveído N°111-2019/MPS-GAJ la Subgerencia de Logística con Informe N°412-2019/MPJ indica que doña Nelly Nancy Valdivia Peña Vda. de Benites ha ejecutado servicios en el año 2015, 2016, 2017 y 2018, indicando el número de orden de servicio en los meses y años que detalla, los cuales son diferentes en cada mes;

Que, se puede afirmar que doña Nelly Nancy Valdivia Peña Vda. de Benites ha realizado prestaciones de servicios y labores CAS; las mismas que no pueden entenderse como labores de naturaleza permanente, teniendo en cuenta el objeto o finalidad de dicha contratación CAS, y la naturaleza y finalidad de un contrato de locación de servicios; con intervalos o períodos de tiempo que no configuran continuidad laboral. Sin que existe servicios y labores CAS, superior a 1 año ininterrumpido, no debiéndose confundir mucho menos tomar como labores de naturaleza permanente. No teniendo asidero fáctico, ni jurídico su pretensión;

Por otro lado, se debe advertir que el acceso al Servicio Civil, indistintamente del régimen al que se vincule el servidor (Decreto Legislativo N° 276, Decreto Legislativo N° 728 o Decreto Legislativo N° 1057), se realiza necesariamente por concurso público de méritos, en un régimen de igualdad de oportunidades; salvo en el caso de puestos de confianza conforme a los documentos de gestión interna de la Entidad (CAP, MOF o Clasificador de Cargos), en los que no se requiere de dicho concurso, no obstante, la persona designada debe cumplir con el perfil mínimo del puesto;

La exigencia del ingreso mediante concurso público de méritos está establecida en el artículo 5° de la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público y el artículo IV del Título Preliminar del Decreto Legislativo N° 1023;

El artículo 9° de la Ley N° 28175 sanciona con nulidad los actos administrativos que contravengan las normas de acceso al Servicio Civil, puesto que vulnera el interés general e impide la existencia de una relación válida, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles o penales de quien lo promueva, ordene o permita;

El proceso de selección para el acceso al servicio civil debe ceñirse a los principios de mérito y



nulidad de dicho proceso, conforme a lo expresado en el artículo 9 de la Ley N° 28175, según el cual "La inobservancia de las normas de acceso vulnera el interés general e impide la existencia de una relación válida. Es nulo de pleno derecho el acto administrativo que las contravenga, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles o penales de quien lo promueva, ordena o permita";

Las entidades deben establecer en la convocatoria y/o en las bases del proceso de selección para el acceso al servicio civil, el perfil mínimo que debe reunir el postulante en función al puesto a desempeñar, las etapas del proceso, así como los criterios mediante los cuales se asignarán los puntajes respectivos en cada una de éstas y el puntaje mínimo que debe obtener el postulante para acceder a la siguiente etapa del proceso. Dichos criterios deben ser objetivos y razonables;

Corresponde a cada entidad verificar que las reglas que regirán el proceso de acceso al servicio civil, incluidos los criterios de puntuación y los puntajes mínimos que se establezcan, estén expresadas en la convocatoria y/o en las bases y que éstas sean de público conocimiento;

Además de la normativa señalada, debe tenerse en cuenta que las leyes de presupuesto del sector público de ejercicios anteriores, así como la del ejercicio fiscal contenida en el inciso d) artículo 8 de la Ley N° 30372, Ley de Presupuesto Público para el ejercicio fiscal 2016, prohíben el ingreso de personal por nombramiento o servicios personales (contratado 276), salvo las excepciones que dicha norma contempla, entre ellas, por ejemplo: la contratación por reemplazo en caso de cese (para el cese producido a partir del año 2014), ascenso o promoción del personal, o la suplencia temporal. Incluso en los supuestos de excepción citados, el ingreso de personal se realiza por concurso público;

Que, la Ley N° 30693, Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2018, en su artículo 8° ha prohibido el nombramiento y la contratación por servicios personales, salvo en los siguientes supuestos:

Artículo 8. Medidas en materia de personal

8.1. Prohíbese el ingreso de personal en el Sector Público por servicios personales y el nombramiento salvo en los supuestos siguientes:

a) La designación en cargos de confianza y de directivos superiores de libre designación y remoción, conforme a los documentos de gestión de la entidad, a la Ley 28175, Ley Marco del Empleo Pública, y demás normativa sobre la materia, en tanto se implemente la Ley 30057, Ley del Servicio Civil, en las respectivas entidades.

(...)

El Decreto Legislativo N° 1057, publicado el 28 de junio del 2008, crea el régimen especial del contrato administrativo de servicios, siendo modificado posteriormente por la Ley N° 29849, publicada el 06 de abril del 2012, para otorgar derechos laborales a fin de garantizar los principios de méritos y capacidad, igualdad de oportunidades y profesionalismo de la Administración Pública;

El contrato administrativo de servicios constituye una modalidad especial de contratación laboral, privativa del Estado. No se encuentra sujeto a la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, el régimen laboral de la actividad privada ni a otras normas que regulan carreras administrativas especiales. El Régimen Especial del Decreto Legislativo N° 1057 tiene carácter transitorio hasta la culminación de la implementación de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil en todas las entidades de la Administración Pública;

En ese sentido, el régimen CAS otorga al servidor el derecho a percibir una remuneración no menor a la mínima vital; una jornada máxima de ocho horas diarias o 48 horas semanales y cuando labore en una entidad con jornada de trabajo reducida se le aplicará esta; vacaciones remuneradas de 30 días naturales; aguinaldo de fiestas patrias y navidad de acuerdo a la Ley de Presupuesto de cada año; afiliarse a régimen de pensiones; afiliación al régimen contributivo de ESSALUD; licencias por paternidad, maternidad y otras; recibir al término del contrato un certificado de trabajo;

El contrato administrativo de servicios es un contrato de naturaleza temporal, es decir, la vigencia del contrato tiene un plazo determinado para su conclusión, el cual puede ser renovado por la entidad según la necesidad del servicio;

De manera general, los requisitos mínimos del perfil requerido para un puesto CAS son determinados por la entidad contratante según la necesidad de los servicios a cubrir;

En el marco de la implementación de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, se aprobó la Directiva N° 001-2013-SERVIR/GDSRH - Formulación del Manual de Perfiles de Puesto (MPP) y sus anexos, la cual dispuso en su numeral 6.1 que a partir del 2 de enero del 2014, los procesos de selección deberían tener los perfiles del MPP como única fuente formal. Dicha disposición era aplicable para los regímenes 276, 728 y 1057 (CAS);

Posteriormente, la Directiva antes citada fue reemplazada por la Directiva N° 002 -2015 -
...///



MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE SULLANA

... Viene de Resolución de Alcaldía N°0369-2019/MPS.

SERVIR/GDSRH - Normas para la Gestión del proceso de administración de puestos, y la elaboración y aprobación del Cuadro de Puestos de la Entidad- CPE. La última modificación a la Directiva N° 002-2015 - SERVIR/GDSRH ha sido publicada en el Diario Oficial El Peruano el 1 de abril de 2016 conteniendo lineamientos especiales para los regímenes 276, 728 y CAS y otros para la elaboración de perfiles de puesto para los ingresos por concurso al nuevo régimen del Servicio Civil;

Se debe precisar que frente a un Despido Arbitrario o Ilegal, en el Régimen Laboral CAS, la protección de aquello tiene un efecto resarcitorio, y no eficacia restitutoria, es decir, se otorga una indemnización ante un despido ilegal, y no se reincorpora al trabajador despido de manera arbitraria. Pero el caso de autos no se ha suscitado aquello;

De la contratación por Locación de Servicios

Las personas que brindan servicios al Estado bajo la modalidad de locadores de servicio no están subordinados al Estado, sino que prestan sus servicios bajo las reglas del código civil de manera autónoma por un tiempo determinado a cambio de una retribución, sin que ello implique en modo alguno una vinculación de carácter laboral o estatutaria con el Estado.

En ese sentido, a los locadores de servicios, en su condición de prestadores de servicios autónomos regidos únicamente por el marco normativo del código civil no es legalmente factible extenderles la aplicación de las disposiciones exclusivas del régimen de la Carrera Pública privativo del Estado regulado por el Decreto Legislativo N° 276, pues no existe base legal que permita que a través de un acto administrativo se establezca la extrapolación de la regulación de los regímenes laborales del Estado. Así las personas que brindan servicios al Estado bajo la modalidad de locadores de servicio no están subordinados al Estado, sino que prestan sus servicios bajo las reglas del código civil de manera autónoma por un tiempo determinado a cambio de una retribución, sin que ello implique en modo alguno una vinculación de carácter laboral o estatutaria con el Estado.

Por tanto, los prestadores de servicios no subordinados al Estado que se rigen por las normas del Código Civil no pueden ser incorporados a la Carrera Administrativa a través del nombramiento, ya que esta es de aplicación exclusiva del régimen del Decreto Legislativo N° 276.

El Art. 1 de la Ley N° 24041, refiere sobre la protección frente a un despido ilegal, para trabajadores que realizan labores de naturaleza permanente, y por el lapso superior a un año de manera ininterrumpida, lo cual no ha ocurrido con la persona de Nelly Nancy Valdivia Peña Vda. de Benites, pues no ha realizado labores de naturaleza permanente; inclusive aquella no precisa si los servicios prestados; para una negada y no probada desnaturalización de contrato de locación de servicios; si el cargo de auxiliar administrativo existe en el CAP, cual es el perfil para dicho puesto según clasificador de cargos, y si dicho puesto contribuye al cumplimiento de las funciones y competencias de un Gobierno Local, en cumplimiento del Art. 73° de la Ley Orgánica de Municipalidades, esgrimiendo la siguiente Sentencia Casatoria;

- Casación Previsional N°1774-2010-Cuzco- Reincorporación Ley N°24041, expedida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fecha 03 de octubre de 2012, en síntesis discrimina:

La causal Casatoria es la Infracción normativa del Art. 1 de la Ley N°24041.

Los trabajadores que protege dicha norma, son los servidores públicos contratados para labores de naturaleza permanente, siendo aquellos a los que se refiere el Art. 15° el D. leg. 276, es decir los contratados bajo la modalidad de Funcionamiento, los mismos que hacen labores de naturaleza permanente, como aquella que es constante por ser inherente a la organización y funciones de la Entidad Pública, así como a los servicios que brinda la misma en el ámbito de su competencia. En este grupo se consideran a los servidores públicos que laboran a nivel desconcentrado u operativo de los diversos Sistemas Administrativos, previstos en el Art. 46° de la Ley N°29158, contribuyendo a esta interpretación el último párrafo de la Ley N°24041 cuando precisa: "(...) sin perjuicio de lo dispuesto en el Art. 15° de la misma ley.

El Art. 2 del D. Leg. N°276, refiere que los trabajadores contratados no se encontraban comprendidos en la carrera administrativa pero sí en las disposiciones de dicha norma en lo que les fuera aplicable; normas posteriores establecieron la regulación de dicha forma de contratación como lo son: Ley N°24041, relativa su derecho a la estabilidad laboral después de un año de servicios; D.S. N°05786-PCM, Art. 25, D.S. N°107-87-PCM, Art. 7, d) D.S N°028-89-PCM, Art. 11: estas normas relativos a la manera determinar su remuneración principal; D.S. N°05-90-PCM, Art. 39° y 49°, en lo relativo a su forma de ingreso y contratación.

Dicha jurisprudencia determina quienes son los considerados servidores públicos contratados para naturaleza permanente, los cuales son objeto del Derecho del Art. 1 de la Ley N°24041, en concordancia a lo prescrito en el Art. 15° del D. Leg. N°276, los trabajadores que realizan labores inherentes a la organización y funciones de la Entidad Pública, así como los servicios de su ámbito de competencia. En este grupo de



diversos Sistemas Administrativos, prescrito en el Art. 46° de la Ley N°29158 – Ley Orgánica del Poder Ejecutivo;

No observándose en los actuados que ofrece la administrada Nelly Nancy Valdivia Peña Vda. de Benites, lo requerido por la Corte Suprema para poder ampararse su solicitud; sin perjuicio de indicar que conforme lo ha determinado la Sub Gerencia de Logística, mediante Informe N°412-2019/MPS-SGL, no existe orden de servicio durante los meses de junio a enero de 2015, al contratarse mediante CAS, enero de 2016, enero de 2017 y enero de 2018. Remarcando que conforme a la legislación especial, la orden de servicio suple al contrato, y en observancia a la Ley de Contrataciones del Estado, respecto a las Actuaciones Preparatorias, para una válida contratación de servicios, debe existir: Requerimiento, Valor Estimado y Valor Referencia, y Certificación de Crédito Presupuestario. Precizando que el Art. 19° de la Ley de Contrataciones del Estado indica que en todo procedimiento de contratación, la certificación presupuestaria debe mantenerse desde la convocatoria hasta la suscripción del contrato, bajo sanción de Nulidad y responsabilidad del funcionario;

Es decir, no se ha realizado Orden de Servicio en los meses precitados, como tal no ha existido contratación. Siendo su solicitud Infundada.

Sin perjuicio de lo expuesto, se trae a colación, que la administrada Nelly Nancy Valdivia Peña Vda. de Benites en su solicitud instada mediante Expediente N°034923 indica que su contratación inició el 01 de febrero de 2016 hasta el 22 de octubre de 2018, acumulando 02 años, 07 meses y 22 días. Y revisada la constatación policial que ofrece como medio probatorio, tenemos que el acto material de un presunto despido arbitrario incausado, sería el 22 de octubre y que el documento que lo contiene (acto material de presunto despido) para fines de probanza sería la Constatación Policial de fecha 23 de octubre de 2018. Iniciándose el plazo del cómputo para accionar en contra de aquél acto material, sería 22 de octubre, por lo que el plazo para accionar precluyó el 13 de noviembre de 2018, en concordancia y observancia con lo prescrito en el Art. 216 numeral 216.2 del TUO de la Ley N°27444 (15 días hábiles), y habiéndose instado el 14 de noviembre de año en comento, su solicitud devendría en improcedente;

Que, respecto al recurso de apelación, frente a una solicitud que la insta al Alcalde, consecuentemente, en concordancia con el Art. 6° y 50° de la Ley Orgánica de Municipalidades, resulta improcedente su recurso de apelación, toda vez que el Alcalde es el Representante Legal y a la vez su máxima autoridad administrativa;

Que, el escrito que contiene el recurso de apelación, solo indica que habiendo transcurrido el plazo de 30 días para dar respuesta a la solicitud del Expediente N°034923 interpone el recurso de apelación sin desarrollar en cuál de los supuestos del Art. 218° del TUO de la Ley N°27444, es que ampara dicho recurso, por ello se debe declarar improcedente su recurso de apelación;

Que, la Gerencia de Asesoría Jurídica con Informe N°0399-2019/MPS-GAJ del 04 de marzo de 2019, recomienda declarar infundada la solicitud de dejar sin efecto el despido arbitrario incausado; y

De conformidad a lo informado por el Subgerente de Recursos Humanos, Gerente de Asesoría Jurídica y a lo dispuesto por el despacho de Alcaldía, en uso de las facultades conferidas por la Ley Orgánica de Municipalidades – Ley N° 27972;

SE RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar **INFUNDADA** la solicitud de dejar sin efecto el despido arbitrario incausado, originado mediante Expediente N°034923 instado por doña Nelly Nancy Valdivia Peña Vda. de Benites, en virtud a los fundamentos expuestos en la presente Resolución.

Artículo Segundo.- Declarar **IMPROCEDENTE** el Recurso de Apelación propuesto mediante Expediente N°02115, en virtud a los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

REGISTRESE Y COMUNIQUESE.


MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE SULLANA
Edwar Poma Saldana Sanchez
ALCALDE


MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE SULLANA
Abog. César M. Girón Castillo
I.C.A.P. N° 982
SECRETARIO GENERAL

c.c.:
Interes.
G.M.
G.ADM.,
SGRR III
Subg. Inform.
Archivo
/nl.V.