

VISTO, el Documento Simple N° 0072869-2021 de fecha 08 de junio de 2021, mediante el cual la señora Esmeria Montenegro Carrasco interpone recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia N° D000148-2021-MML-GMM de fecha 03 de junio de 2021, y;

CONSIDERANDO:

Que, a través de la Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 284-2015-SERVIR-PE, la Autoridad Nacional del Servicio Civil - SERVIR aprobó la Directiva N° 004-2015-SERVIR/GPGSC "Reglas para acceder al beneficio de defensa y asesoría de los servidores y ex servidores civiles", en adelante la Directiva, modificada por Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 185-2016-SERVIR-PE y Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 103-2017-SERVIR-PE, la cual regula las disposiciones para solicitar y acceder al beneficio de asesoría y defensa legal de los servidores y ex servidores civiles de las entidades de la administración pública, con cargo a los recursos de la entidad;

Que, en relación al contenido del derecho de defensa y asesoría, previsto en el numeral 5.2 del artículo 5 de la Directiva 004-2015-SERVIR/GPGSC "*Reglas para acceder al beneficio de defensa y asesoría de los servidores y ex servidores civiles*" (en adelante la Directiva), señala que el beneficio de derecho de defensa y asesoría es el derecho individual que tienen los servidores y ex servidores civiles, para solicitar y contar con la defensa y asesoría legal con cargo a los recursos de la entidad para su defensa en los casos que resulten comprendidos, sea por omisiones, actos administrativos o de administración interna o decisiones adoptadas o ejecutadas en el ejercicio regular de sus funciones;

Que, el numeral 217.1 del artículo 217 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante TUO de la Ley N° 27444), señala que frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa mediante los recursos administrativos;

Que, el artículo 218 del TUO de la Ley N° 27444, señala que los recursos administrativos son el recurso de reconsideración y el recurso de apelación. Específicamente, a través de los artículos 219 y 220 del TUO de la Ley N° 27444, se describen los referidos recursos, acorde al siguiente detalle:

"Artículo 219.- Recurso de reconsideración

El recurso de reconsideración se interpondrá ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación y deberá sustentarse en nueva prueba. En los casos de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia no se requiere nueva prueba. Este recurso es opcional y su no interposición no impide el ejercicio del recurso de apelación.

Artículo 220.- Recurso de apelación

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, debiendo dirigirse a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico."

Que, de la revisión del Documento Simple N° 2021-0072869 de fecha 08 de junio de 2021, se advierte que la administrada Esmeria Montenegro Carrasco interpone "recurso de apelación" contra la Resolución de Gerencia N° D000148-2021-MML-GMM, de fecha 03 de junio de 2021;

Que, es menester precisar que conforme lo describe el artículo 220 del TUO de la Ley N° 27444, 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, debiendo dirigirse a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico;

Que, se puede advertir, entre otros, que el recurso de apelación se interpone con la finalidad que la autoridad superior jerárquica lo revoque, modifique, anule o suspenda sus efectos, en base a una revisión integral del procedimiento desde una perspectiva de puro derecho y/o diferente interpretación de las pruebas producidas;

Que, la Resolución de Gerencia N° D000148-2021-MML-GMM, de fecha 03 de junio de 2021, ha sido emitida por la máxima autoridad administrativa de la Municipalidad Metropolitana de Lima, conforme a lo establecido en el literal j)¹ del artículo IV del Título Preliminar del Reglamento General de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-PCM. En ese sentido, nos encontramos ante un procedimiento administrativo de instancia única; en consecuencia, el documento presentado por la administrada Esmeria Montenegro Carrasco no califica como uno de apelación, por cuanto no existe superior jerárquico de la Gerencia Municipal Metropolitana ante quien se pueda elevar los actuados, conforme lo dispone el artículo 220 del TUO de la Ley N° 27444;

Que, el numeral 3 del artículo 86 del TUO de la Ley N° 27444², señala como uno de los deberes de las autoridades respecto del procedimiento administrativo y de sus partícipes, encauzar de oficio el procedimiento, cuando se advierta cualquier error u omisión de los administrados, sin perjuicio de la actuación que les corresponda a ellos. Estando a lo expuesto en los párrafos precedentes, procederemos a encauzar el trámite del Documento Simple N° 2021-0072869, según lo señalado en el numeral 3 del artículo 86 del TUO de la Ley N° 27444, tramitándolo como uno de reconsideración y aplicando las reglas establecidas en el artículo 219 del TUO de la Ley N° 27444 para el recurso de reconsideración. Para el presente caso, debemos tener en cuenta además que, en los casos de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia no se requiere nueva prueba;

Que, en cuanto a los plazos, el artículo 218.2 del TUO de la Ley N° 27444, establece que el término para la interposición de los recursos impugnativos contra los actos administrativos es de quince (15) días perentorios. Conforme a ello, la Resolución de Gerencia N° D000148-2021-MML-GMM, de fecha 03 de junio de 2021, fue notificada en la misma fecha, y el escrito de impugnación fue presentado con fecha 08 de junio de 2021; por tanto, se colige que éste se encuentra dentro del plazo legal establecido;

¹ Reglamento General de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil
Artículo IV del Título Preliminar
(...)

j) Titular de la entidad: Para efectos del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, se entiende que el Titular de la entidad es la máxima autoridad administrativa de una entidad pública. En el caso de los Gobiernos Regionales y Locales, la máxima autoridad administrativa es el Gerente General del Gobierno Regional y el Gerente Municipal, respectivamente.

² Concordante, además, con lo establecido en el artículo 223 del TUO de la Ley N° 27444, en el sentido que: *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.*

Que, de la lectura del Documento Simple N° 2021-0072869, se tiene que la recurrente señala los siguientes argumentos:

- a) *Mediante Documento Simple N° 08726-2021, solicitó el beneficio de defensa legal, narrando los hechos y cumpliendo con los requisitos establecidos en la Directiva. Dicha solicitud fue aceptada por el Gerente Municipal a través de la Carta N° D000006-2021-MML-GMM, informando que la Gerencia de Asuntos Jurídicos opinó favorablemente para el otorgamiento de defensa legal. El Gerente encargado incurre en error toda vez que no expidió la Resolución correspondiente y confundiendo el trámite, requirió que adjuntara documentos que ya se había adjuntado a la solicitud por lo que era irrelevante dicho requerimiento. La Gerente Municipal a través de la Carta N° D000033-2021-MML-GMM, refiere que se puso a conocimiento la Carta N° D000006-2021-MML-GMM, indicando que se había producido la aprobación ficta de defensa legal y requiere documentación ya presentada en la solicitud, en lugar de emitir formalmente la Resolución respectiva. En respuesta a lo solicitado se adjuntó nuevamente los documentos requeridos, subsanando lo requerido a fin de que se emita la Resolución correspondiente de defensa legal solicitada. Con fecha 16 de abril de 2021 se emite y se notifica la Resolución de Gerencia N° D000104-2021-MML-GMM, que resuelve declarar la Nulidad de Oficio de la Resolución Ficta generada por el silencio Administrativo Positivo en el procedimiento de defensa legal. Ante el hecho arbitrario, que recortaba el derecho a la defensa legal, mediante Documento Simple N° 51314-2021, se interpuso Recurso de Reconsideración, el mismo que se le informó que resultaba inviable al haberse agotado la vía administrativa, ante esta situación de hechos en que erróneamente se consideraba la aprobación de defensa legal como ficta, cuando existía el informe legal N° D000070-2021-MML-GAJ, de fecha 02 de febrero de 2021, de la Gerencia de Asuntos Jurídicos emitiendo opinión a la procedencia de su solicitud de defensa legal.*
- b) *Con la finalidad de hacer valer la petición de defensa legal, mediante el Documento Simple N° 65431-2021, se inició nuevamente una nueva solicitud de pedido de defensa legal, la misma que fue observada por la Gerencia de Asuntos Jurídicos en el sentido que narre los hechos pese a que en su escrito de solicitud lo había narrado. A fin de no incurrir en dilaciones innecesarias, mediante Documento Simple N° 69007-2021, se subsanó las observaciones haciendo una breve narración de los hechos que se encuentran en investigación Fiscal y Judicial. Como respuesta a la subsanación, la Gerencia Municipal Metropolitana emite la Resolución N° D000148-2021-MML-GMM, que declara improcedente la solicitud de defensa legal, basándose en el argumento de haber suscrito el acta de conformidad por orden superior, dejando entrever que se había vulnerado el Principio de Legalidad. La Gerencia de Asuntos Jurídicos sobre la misma pretensión ya ha emitido informe legal favorable, conforme se aprecia del Informe N° D000070-2021-MML-GAJ que opinó procedente el otorgamiento de la defensa legal solicitada, ahora no puede informar negativamente la pretensión por una supuesta interpretación de los hechos (que corresponde investigar al juez y fiscal), negar o declarar la improcedencia basada en interpretaciones a la Ley no se ajusta a la verdad de los hechos ni a los que se estaba investigando; pues no cabe aplicar la interpretación de la Ley N° 27444, cuando ya se ha avocado a la investigación de los hechos el Fiscal Provincial y el Juez de Investigación preparatoria, resultando la interpretación de Asuntos Jurídicos errónea porque no puede calificar los mismo hechos con dos informes distintos*

Que, sobre a los argumentos vertidos por la administrada es menester indicar lo siguiente:

- a) Si bien la administrada a través del Documento Simple N° 08726-2021 solicitó a la Municipalidad Metropolitana de Lima el beneficio de defensa legal, este fue concedido por haber transcurrido el plazo sin que se haya emitido pronunciamiento, operando de ese modo el silencio administrativo positivo.

Ahora bien, respecto a lo señalado por la administrada sobre el supuesto error cometido por el gerente al no haber expedido la resolución correspondiente, debemos precisar que a través de la Carta N° D000033-2021-MML-GMM, de fecha 18 de marzo de 2021, se le comunicó a la señora Esmeria Montenegro Carrasco que respeto a su solicitud operó el silencio administrativo positivo, produciéndose la Resolución ficta de aprobación de defensa legal. No obstante, también se le comunicó que en dicho procedimiento no se cumplió con lo establecido en el numeral 6.1 concordado con el numeral 6.3 de la Directiva.

Cabe precisar que el artículo 36 del TUO de la Ley N° 27444 señala que: *"36.1 En los procedimientos administrativos sujetos a silencio positivo, la petición del administrado se considera aprobada si, vencido el plazo establecido o máximo para pronunciarse, la entidad no hubiera notificado el pronunciamiento correspondiente, no siendo necesario expedirse pronunciamiento o documento alguno para que el administrado pueda hacer efectivo su derecho, bajo responsabilidad del funcionario o servidor público que lo requiera"*.

Así también el artículo 37 de la misma ley, precisa que: *"37.1 No obstante lo señalado en el artículo 36, vencido el plazo para que opere el silencio positivo en los procedimientos de evaluación previa, regulados en el artículo 35, sin que la entidad hubiera emitido pronunciamiento sobre lo solicitado, los administrados, si lo consideran pertinente y de manera complementaria, pueden presentar una Declaración Jurada ante la propia entidad que configuró dicha aprobación ficta, con la finalidad de hacer valer el derecho conferido ante la misma o terceras entidades de la administración, constituyendo el cargo de recepción de dicho documento, prueba suficiente de la resolución aprobatoria ficta de la solicitud o trámite iniciado"*.

En ese contexto, no resultaba necesario expedir un pronunciamiento o documento alguno para que la administrada pueda hacer efectivo su derecho, sin perjuicio que de manera complementaria, pudiera presentar una Declaración Jurada ante la propia entidad que configuró dicha aprobación ficta, con la finalidad de hacer valer el derecho conferido ante la misma o terceras entidades de la administración; en tal sentido, lo afirmado por la administrada del supuesto error al no haberse emitido la Resolución que concede su defensa legal, no resulta amparable.

Por otro lado, el artículo 199.2 del TUO de la Ley N° 27444 señala que el silencio positivo tiene para todos los efectos el carácter de resolución que pone fin al procedimiento, sin perjuicio de la potestad de nulidad de oficio prevista en el artículo 213.

En mérito a ello y en aplicación del artículo 213.2³ del TUO de la Ley N° 27444, se expidió la Resolución de Gerencia N° D000104-2021-MML-GMM, a través de la cual la Gerencia Municipal Metropolitana resolvió declarar la Nulidad de Oficio de la Resolución Ficta producida por el Silencio Administrativo Positivo, bajo la causal contenida en el numeral 3 del artículo 10⁴ del TUO de la Ley N° 27444, la misma que fue materia de impugnación a través del recurso de reconsideración interpuesto por la administrada; sin embargo, ello resultaba inviable al haberse agotado la vía administrativa, conforme lo señalado en el numeral d) del artículo 228.2⁵ del TUO de la Ley N° 27444.

Es necesario indicar que la causal invocada para declarar la nulidad ha sido prevista como una forma de corregir vía nulidad posterior los actos que podrían dar lugar a la adquisición indebida de facultades o derechos. La buena fe es principio de actuación administrativa, pero nada autoriza a la obtención de ventajas indebidas, ni a que estas puedan tornarse inconvencionales cuando agravan justamente la buena fe. En tal sentido, por aplicación de la causal señalada en el párrafo precedente, se sanciona tanto el acto expreso como el acto tácito, habiéndose encontrado sobre este último el caso de la señora Esmeria Montenegro Carrasco quien había obtenido la aprobación ficta como consecuencia del silencio administrativo positivo, sin haber cumplido con las exigencias legales; es decir no cumplió con los requisitos establecidos para atender su solicitud de defensa legal.

Finalmente, cabe precisar que, si bien existía un informe legal de la Gerencia de Asuntos Jurídicos emitiendo opinión a la procedencia de la solicitud de defensa legal presentada por la administrada, ello fue sustentado bajo el argumento de haber transcurrido el plazo sin que la Entidad haya emitido pronunciamiento, por lo que operaba el silencio administrativo positivo per se.

- b) Respecto a lo señalado por la administrada de haber presentado una nueva solicitud de defensa legal a través del Documento Simple N° 65431-2021. En efecto, a través de la Carta N° D000027-2021-MML-GAJ, de fecha 27 de mayo de 2021, entre otras observaciones, se solicitó a la administrada para que en aplicación del numeral 6.3 de la Directiva, cumpla con efectuar una narración de los hechos a fin de determinar si la acción penal que se le imputa se encuentra vinculada al ejercicio regular de funciones y, en consecuencia, se otorgue o no el beneficio de defensa y asesoría legal.

De ese modo, la administrada a través del Documento Simple N° 69007-2021, de fecha 31 de mayo de 2021, efectuó una narración de los hechos afirmando que dentro de sus funciones no se encontraba dar conformidad a compras efectuadas por el Programa de Gobierno Regional de Lima Metropolitana; así también afirma que estas

³ 213.2 La nulidad de oficio solo puede ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se invalida. Si se tratara de un acto emitido por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad es declarada por resolución del mismo funcionario.

⁴ Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

(...)

3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o tramites esenciales para su adquisición.

⁵ 228.2 Son actos que agotan la vía administrativa:

(...)

d) El acto que declara de oficio la nulidad o revoca otros actos administrativos en los casos a que se refieren los artículos 213 y 214.

compras no cumplían con las especificaciones y normas técnicas del INDECI, además de haber procedido a dar conformidad por disposición superior del Ex Gerente; lo cual trastoca abiertamente con el Principio de Legalidad establecido en el Artículo IV del Título Preliminar del TUO de la Ley N° 27444, según el cual, las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la constitución, la ley y al derecho, *dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que fueron conferidas*; por lo que la disposición superior no se encuentra exenta al cumplimiento del principio de legalidad, siendo evidente por tanto, que lo afirmado por la ex Subgerente de Defensa Civil no formaba parte del ejercicio regular de sus funciones.

Según lo expuesto en el párrafo anterior se colige que, para la procedencia del beneficio de defensa legal, no es suficiente tener la condición de investigado o procesado, sino que además, los hechos imputados deben estar vinculados a omisiones, acciones o decisiones en el ejercicio regular de sus funciones.

Que, se advierte que la impugnada Resolución de Gerencia N° D000148-2021-MML-GMM, declaró improcedente la solicitud de defensa legal de la señora Esmeria Montenegro Carrasco en su calidad de ex Subgerente de Defensa Civil, por haber incurrido en la causal de improcedencia señalada en el literal c) del numeral 6.2 de la Directiva; es decir, que la recurrente no obstante encontrarse inmerso en una investigación, los hechos imputados no están *"vinculados a omisiones, acciones o decisiones en el ejercicio regular de sus funciones o bajo criterios de gestión en su oportunidad como servidor civil o ex servidor civil (...)"*, sin que los argumentos señalados por la administrada en su escrito de impugnación, desvirtúen dicha fundamentación, por lo que el recurso deviene en Infundado;

Que, por las razones expuestas en los considerandos que anteceden, y de acuerdo a lo informado por la Gerencia de Asuntos Jurídicos mediante Informe N° D000550-2021-MML-GAJ de fecha 05 de julio de 2021, en el cual concluye, entre otros, que se debe declarar infundado el recurso de reconsideración presentado por la señora Esmeria Montenegro Carrasco contra la Resolución de Gerencia N° D000148-2021-MML-GMM, de fecha 08 de junio de 2021, a través del Documento Simple N° 2021-0072869;

En uso de las atribuciones conferidas por el Reglamento de Organización y Funciones de la Municipalidad Metropolitana de Lima, aprobado por Ordenanza N° 812 (ROF vigente al momento de ocurridos los hechos); y de conformidad con las disposiciones de la Ley N° 30057 - Ley del Servicio Civil, su Reglamento General aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-PCM y la Directiva N° 004-2015-SERVIR/GPGSC, aprobada por Resolución de Presidencia Ejecutiva N°284-2015-SERVIR-PE y modificatorias;

SE RESUELVE:

Artículo Primero.- Encauzar el recurso de apelación presentado a través del Documento Simple N° 2021-0072869 por la señora Esmeria Montenegro Carrasco, como uno de Reconsideración.

Artículo Segundo.- Declarar infundado el Recurso de Reconsideración interpuesto por la señora Esmeria Montenegro Carrasco contra la Resolución de Gerencia N° D000148-2021-MML-GMM de fecha 08 de junio de 2021, a través del Documento Simple N° 2021-0072869, por las razones expuestas en la presente Resolución, quedando agotada la vía administrativa.

Artículo Tercero.- Notificar la presente Resolución a la señora Esmeria Montenegro Carrasco para su conocimiento y fines.

Artículo Cuarto.- Encargar a la Subgerencia de Gobierno Digital e Innovación la publicación de la presente Resolución en el Portal Institucional de la Entidad (www.munlima.gob.pe).

Regístrese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

Documento firmado digitalmente

GLORIA MARIA DEL CARMEN CORVACHO BECERRA
GERENTA MUNICIPAL METROPOLITANA
GERENCIA MUNICIPAL METROPOLITANA