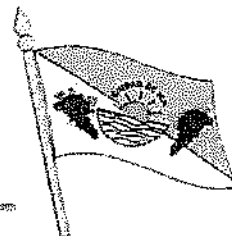




MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE ICA



RESOLUCION DE ALCALDIA N° 278 -2023-AMPI

ICA, 27 MAR 2023

VISTO: El Informe Legal N° 200-2023-AL-JJGY-SGRRHH-GA-MPI, de fecha 21 de febrero del 2023, la Resolución de Gerencia de Administración N° 94-2023-GA-MPI, de fecha 23 de febrero del 2023, el Informe Legal N° 87 -2023-GAJ-MPI y;

CONSIDERANDO:

Que, mediante Informe Legal N° 200-2023-AL-JJGY-SGRRHH-GA-MPI, de fecha 21 de febrero del 2023, concluyen que se declare IMPROCEDENTE lo solicitado por Ericka Janette Espino Hernández.

Que, mediante Resolución de Gerencia de Administración N° 94-2023-GA-MPI, de fecha 23 de febrero del 2023, se resuelve declarar declare IMPROCEDENTE lo solicitado por Ericka Janette Espino Hernández

Sobre la apelación presentado por la administrada.

Interpone apelación contra la Resolución de Gerencia de Administración N° 94-2023-GA-MI, de fecha 23 de febrero del 2023, se resuelve declarar declare IMPROCEDENTE lo solicitado por Ericka Janette Espino Hernández, solicitando la nulidad de la aludida.

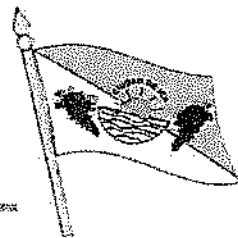
La apelante refiere haber ingresado a laborar a la Municipalidad Provincial de Ica, mediante contrato de locación de Servicio desde el 18 de noviembre del 2019 en la Sub-Gerencia de Obras Privadas y Catastro de la Gerencia de Desarrollo Urbano de la MPI. Hasta la actualidad en calidad de asistente administrativo, con iguales funciones a personal estable y bajo subordinación.

Refiere, que siempre ha contado con un horario de trabajo y funciones que eran supervisadas por su jefe inmediato, el Sub- Gerente de Obras Privadas y Catastro de la MPI, realizando actividades de búsqueda y elaboración de información en la citada oficina, percibiendo una contraprestación por sus labores y pasible de requerimientos y Ordenes de Servicios para los respectivos pagos, realizando labores permanentes con la misma responsabilidad y funciones, con subordinación.

Asimismo, menciona que del acto Resolutivo impugnado, se aprecia que todas las referencias y argumentos que se esgrimieron están orientada a entender que la recurrente pretendía ser incluida como personal de carrera (DL N° 276), lo cual es errado, ya que para este hecho se requiere de concurso



MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE ICA



público manifestando que es errado y que para este hecho se requiere de concurso público mientras que para ser personal permanente, solo se requiere el transcurso del tiempo y sin hacer carrera administrativa; lo cual se determina que existe otro error de hecho y de derecho en la impugnada al pronunciarse respecto a una situación jurídica no invocada por la administrada incurriéndose en la causal de nulidad.



También menciona, que se hace mención del artículo 2 de la Ley 24041, para tratar de desvirtuar los argumentos planteados por el administrado sin embargo refiere que la ley mencionada fue derogada mediante DU N° 016-2020, la cual fue restituida mediante Ley 31115, solo el artículo 1 de la Ley 24041, por lo que solicita que se declare la desnaturalización de los Contratos de Locación de Servicio.

ANÁLISIS DEL CASO.



Conforme a lo dispuesto en el artículo 194° de la Constitución Política del Perú, modificado por la Ley N° 30305 — Ley de Reforma Constitucional, concordante con el artículo II del Título Preliminar de la Ley N° 27972 — Ley Orgánica de Municipalidades, se establece que las Municipalidades son órganos de gobierno local, los cuales tienen autonomía política, económica y administrativa en asuntos de su competencia, autonomía que radica en ejercer actos de gobierno, actos administrativos y de administración, con sujeción al ordenamiento jurídico vigente.



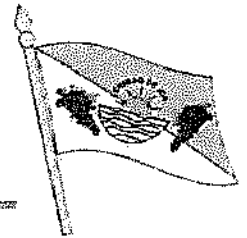
El artículo 20° en su numeral 6 de la Ley N° 27972 - Ley Orgánica de Municipalidades, establece como atribución del Alcalde el de dictar decretos y resoluciones de alcaldía, con sujeción a las Leyes y Ordenanzas; del mismo modo el artículo 43° del mencionado cuerpo normativo menciona que las resoluciones de alcaldía aprueban y resuelven los asuntos de carácter administrativo.

El numeral 33) del artículo 20° de la Ley N° 27972 Ley Orgánica de Municipalidades, dispone que *"son atribuciones del alcalde: 33. Resolver en última instancia administrativa los asuntos de su competencia de acuerdo al Texto Único de Procedimientos Administrativos de la Municipalidad"*.

Es finalidad fundamental de la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444, establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la Administración Pública sirva a la protección del interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general.



MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE ICA



El Texto Único Ordenado, de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, modificado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, en su Artículo IV, del Título Preliminar, numeral 1.1 y 1.2, señala: 1.1. 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 les fueron conferidas. 1.2. Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, En un plazo razonable (...)"



De los hechos:



Que, doña Ericka Janette Espino Hernández refiere haber ingresado a laborar a la Municipalidad Provincial de Ica, mediante contrato de locación de Servicio desde el 18 de noviembre del 2019 en la Sub-Gerencia de Obras Privadas y Catastro de la Gerencia de Desarrollo Urbano de la MPI. Hasta la actualidad en calidad de asistente administrativo, con iguales funciones a personal estable y bajo subordinación.



Que, siempre ha contado con un horario de trabajo y funciones que eran supervisadas por su jefe inmediato, el Sub- Gerente de Obras Privadas y Catastro de la MPI, realizando actividades de búsqueda y elaboración de información en la citada oficina, percibiendo una contraprestación por sus labores y pasible de requerimientos y Ordenes de Servicios para los respectivos pagos, realizando labores permanentes con la misma responsabilidad y funciones, con subordinación, por lo que solicita ser incluida a la planilla del personal estable.

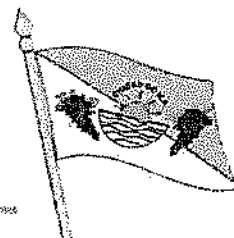
Con respecto a su apelación

Ahora que, hemos delimitado el petitorio y la materia de pronunciamiento, conforme al expediente puesto a la vista, corresponde analizar la pretensión en función a los fundamentos que el administrado a vertido a su apelación.

Ahora bien, mediante su recurso de apelación la administrada solicita que se declare la nulidad de la Resolución de Gerencia de Administración N° 94-2023-GA-MPI, de fecha 23 de febrero del 2023, la misma que declara improcedente su solicitud; asimismo, la apelante refiere haber ingresado a laborar a la Municipalidad Provincial de Ica, mediante contrato de locación de Servicio desde el 18 de noviembre del 2019 en la Sub-Gerencia de Obras



MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE ICA



Privadas y Catastro de la Gerencia de Desarrollo Urbano de la MPI Hasta la actualidad, en calidad de asistente administrativo, con iguales funciones a personal estable y bajo subordinación, que siempre ha contado con un horario de trabajo y funciones que eran supervisadas por su jefe inmediato, el Sub-Gerente de Obras Privadas y Catastro de la MPI, realizando actividades de búsqueda y elaboración de información, percibiendo una contraprestación por sus labores y pasible de requerimientos y Ordenes de Servicios para los respectivos pagos, con lo recibos por honorarios.



Que, el artículo 1764 del Código Civil, refiere que: "Por la locación de servicios el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución". Es decir, de todo lo actuado en el presente caso, **se tiene que la relación de naturaleza civil que existe entre las partes, se ha llevado conforme a lo establecido por dicho dispositivo legal, que lo que ha existido es una prestación de servicios de un determinado tiempo sin haber existido SUBORDINACIÓN hacia la administradora y la cual efectivamente ha sido retribuida, para lo cual, la administradora giró recibos por honorarios a la entidad, todo ello de acuerdo con el contrato de Locación de Servicios que suscribieron las partes. Pues, de ser el caso de una desnaturalización del contrato; es decir, de haber existido el revestimiento de una relación laboral originada por un contrato de trabajo, bajo la suscripción de aparentes contratos de locación de servicios, se encontrarían acreditados los elementos constitutivos de un contrato de trabajo, esto es la prestación de servicios en forma personal, bajo subordinación, con un horario y una retribución económica; asimismo, el artículo 1361 del citado Código señala: "los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresa en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla".**

Que, el contrato de Locación de Servicios, regula las prestaciones de servicios materiales e intelectuales, estableciéndose que el plazo máximo de dicho contrato es por seis (6) años (tratándose de servicios profesionales), y de tres (3) años (en caso de otra clase de servicio), de tal modo que los contratos suscritos bajo esta modalidad son de naturaleza civil; por ende, no son objeto de protección laboral.

Ahora bien, con respecto a la Ley N° 24041 en su artículo 1, efectivamente brinda una protección frente al despido incausado, aplicable para los servidores contratados para labores de naturaleza permanente y que tengan más de un (1) año ininterrumpidos de servicio sujetos al Régimen del Decreto Legislativo N° 276, los cuales, únicamente pueden ser cesados y destituidos previo procedimiento establecido en dicho decreto y por las causales establecidas en su capítulo V.



MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE ICA



Que, al respecto, SERVIR, como ente rector del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, señaló que no tiene competencia sobre las relaciones de naturaleza civil que se den en la administración Pública; **sin embargo, se emitió pronunciamiento sobre el ingreso a la Administración Pública y aplicación de la Ley 24041, haciendo un análisis con respecto a los Locadores de Servicios, en su Informe N° 001-2019-SERVIR/GPGSC**, señalando en sus conclusiones: 3.1 Las personas que brindan servicio al estado como Locadores de Servicios, no están **SUBORDINADOS** al Estado, sino que prestan sus servicios bajo las reglas del Código Civil y sus normas complementarias cuya contratación se efectúa para realizar labores no **subordinadas**, de manera autónoma por un tiempo determinado a cambio de una retribución, sin que ello implique una vinculación y de reconocimiento de naturaleza laboral o estatutaria con el mismo. (...), 3.3 La aplicación de la Ley 24041 es solo para los servidores contratados bajo en régimen del Decreto Legislativo N° 276, por lo que, dicha Ley no podría incluir a las personas que brinden servicios al Estado como Locadores de Servicios, ya que la naturaleza de su contratación es civil y no laboral. (...). En este sentido, la norma deja claro, que la protección frente al despido incausado que brinda la Ley N° 24041, es únicamente aplicable a los servidores que se encuentra bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 276.

Asimismo, sobre la contratación bajo la modalidad de locación de servicios para labores de naturaleza permanente, en el punto 2.10 del Informe N° 458-2011—SERVIR/GG-OAJ, señaló lo siguiente:

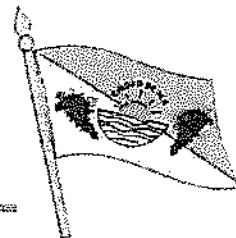
- (...), en el contrato de locación de servicios la prestación de servicios se realiza de manera independiente, sin presencia de subordinación del contrato. Así lo ha expresado el **Tribunal Constitucional** en la sentencia recaída en el **EXPEDIENTE N° 04840-2007-PA/TC**¹.

4.- Toda relación laboral se caracteriza por la existencia de tres elementos esenciales que la definen como tal: (i) prestación personal de servicio, (ii) subordinación y (iii) remuneración. En contraprestación a ello, el contrato de locación de servicio es definido por el artículo 1764 del Código Civil como un acuerdo de voluntades por el cual "el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, al prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución", de lo que se sigue que el elemento esencial del contrato de locación de servicios

¹ EXPEDIENTE N° 04840-2007-PA/TC



MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE ICA



es de independencia del locador frente al comitente en la prestación de sus servicios.

(...).

Que, en esa línea, la Ley N° 28175 - Ley Marco del Empleo Público, aplicable a todas las personas que prestan servicios remunerados bajo subordinación para el Estado, establece en su artículo 5 que, "El acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto, por grupo ocupacional, en base a los méritos y capacidad de las personas, en un régimen de igualdad de oportunidades"; en el presente caso no se cumple con el supuesto de hecho establecido en el citado artículo, toda vez que no ha habido concurso público de méritos;



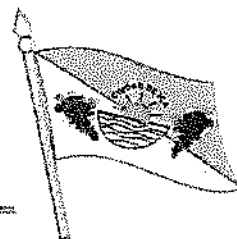
Que, por su parte, el artículo 12 del Decreto Legislativo N° 276 establece como un requisito para el ingreso a la carrera Administrativa: "Presentarse y ser aprobado en el concurso de admisión"; mientras que el artículo 28 del Reglamento dicha ley señala que "el ingreso a la Administración Pública en la condición de servidor de carrera o de servidor contratado para labores de naturaleza permanente se efectúa obligatoriamente mediante concurso. La incorporación a la Carrera Administrativa será por el nivel inicial del grupo ocupacional al cual postuló. Es nulo todo acto administrativo que contravenga la presente disposición". A su vez, el artículo 32 del referido reglamento señala que: "El ganador del concurso de ingreso es incorporado a la Administración Pública mediante resolución de nombramiento o contrato, en la que además se expresa el respectivo puesto de trabajo". De modo tal que el ingreso a la administración pública bajo los alcances del Decreto Legislativo N° 276, ya sea como servidor de carrera (nombrado) o servidor contratado por servicios personales para labores de naturaleza permanente (contrato), se produce siempre a través de concurso público. Aunque, en estricto, solo se encontrara dentro de la Carrera Administrativa el personal que haya ingresado a la administración pública con nombramiento; pues de acuerdo al artículo 2 del Decreto Legislativo N° 276, los servidores contratados por servicios personales no están comprendidos en la Carrera Administrativa, pero sí en las disposiciones de la referida ley en lo que les sea aplicable;



Que, igualmente, en la sentencia recaída en el expediente N° 05057-2013-PA/TC (Caso Huatuco Huatuco), el Tribunal Constitucional ha precisado que: "El Tribunal Constitucional ha puntualizado que los contenidos del derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad, son los siguientes: i) acceder o ingresar a la función pública; ii) ejercerla plenamente; iii) ascender en la función pública; y iv) condiciones iguales de acceso (Expediente N.º 00025-2005-PU/TC y otro, FJ 43). Asimismo, ha determinado que el derecho de acceso a la función pública tiene como principio consustancial el principio de



MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE ICA



mérito; el cual, vincula plenamente al Estado y a toda entidad pública en general. Esto significa que este principio vincula positivamente al legislador a que la regulación sobre el acceso a toda función pública observe irrestrictamente el principio basilar del acceso por mérito; asimismo, que toda actuación de la administración del Estado y de toda entidad pública, en general, observe tal principio en todos sus actos en relación al acceso a la función pública de las personas (FJ 50). Teniendo en cuenta lo expuesto acerca de los mencionados contenidos de relevancia constitucional sobre funcionarios y servidores públicos, específicamente que el aspecto relevante para identificar a un funcionario o servidor público es el desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado; a que la carrera administrativa constituye un bien jurídico constitucional; la prohibición de deformar el régimen específico de los funcionarios y servidores públicos; que el derecho de acceso a la función pública tiene como principio consustancial el principio de mérito; y que, conforme a sus competencias ya los mencionados contenidos constitucionales, el Poder Legislativo ha expedido la Ley N.º 28175, Marco del Empleo Público, en cuyo artículo 5º establece que el acceso al empleo público se realiza:

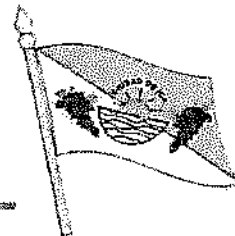
Mediante concurso público y abierto, en base a los méritos y capacidad de las personas, el Tribunal Constitucional estima que existen suficientes y justificadas razones para asumir que el ingreso a la administración pública mediante un contrato a plazo indeterminado exige necesariamente un previo concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada. En efecto, este Tribunal ha resaltado la importancia de la meritocracia (mérito personal y capacidad profesional) para el ingreso a la administración pública, estableciendo que esta constituye un criterio objetivo fundamental en el ingreso y permanencia en la actividad estatal para la prestación de un servicio público (Expediente N.º 00020-2012- PI/TC FJ 56).

Asimismo, la administrada plantea que se ha desnaturalizado el contrato de Locación de Servicios, que suscribió con la entidad, durante el periodo 18 de noviembre del 2019 hasta la actualidad; asimismo, pretende establecer que el vínculo que realmente tiene es uno de naturaleza laboral; **por lo que, corresponde analizar si efectivamente se han desnaturalizado los Contratos de Locación de Servicio; por lo cual, se debe verificar que el vínculo contractual que existió entre la Municipalidad y la administrada, reúne los elementos propios de un contrato de trabajo, esto es, la prestación de servicios en forma personal, bajo SUBORDINACION, con un horario y una remuneración.**

Ahora bien, obra en el expediente Administrativo, el Informe N° 125-2023-ARE-SGRR.HH-GA-MPI, de fecha 16 de febrero del 2023, suscrito por Alexander Ruiz Lecarnaque, "Trabajador de la Administración Pública de la Sub Gerencia de Recursos Humanos de la Municipalidad Provincial de Ica, donde señala: que



MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE ICA



habiéndose realizado la búsqueda correspondiente en los archivos que obran en el área de RR.HH., se ha verificado que la persona de **ERICKA JANETTE ESPINO HERNANDEZ**, no se encuentra registrada en la base de datos; de lo que se tiene que la administrada no se encuentra sujeta a un horario establecido; es decir, no existe en virtud el principio de realidad, prueba alguna que determine que la administrada tiene un horario; es decir, con la obligación como parte de un contrato de trabajo de ingresar y salir del centro de labores a determinada hora cuya obligación es parte de la subordinación que existe en una relación de trabajo; en este sentido se desvirtúa que la administrada cumplía con un horario de trabajo establecido.

Que, bajo la premisa fáctica y jurídica expuesta estando a los fundamentos y consideraciones precedentes, a las Normas Invocadas, y con la atribuciones conferidas en la ley N° 27972 Orgánica de Municipalidades, el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS de la ley N° 27444 Ley del Procedimiento Administrativo General; **SOY DE OPINION:** Declarar la **INFUNDADO** el recurso de apelación presentado por la administrada **ERICKA JANETTE ESPINO HERNANDEZ**, contra la Resolución de Gerencia de Administración N° 94-2023-GA-MPI, de fecha 23 de febrero del 2023, consecuentemente **RATIFICAR** en todos sus extremos la Resolución de Gerencia de Administración N° 94-2023-GA-MPI, de fecha 23 de febrero del 2023.

SE RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación presentado por la administrada **ERICKA JANETTE ESPINO HERNANDEZ**, contra la Resolución de Gerencia de Administración N° 94-2023-GA-MPI, de fecha 23 de febrero del 2023.

ARTÍCULO SEGUNDO: **RATIFICAR** en todos sus extremos la Resolución de Gerencia de Administración N° 94-2023-GA-MPI, de fecha 23 de febrero del 2023.

ARTÍCULO TERCERO: **DAR** por agotada la vía administrativa, ello al amparo del artículo 50 de la Ley 27972 – Ley Orgánica de Municipalidades.

ARTÍCULO SEXTO: **ENCARGAR** a la Secretaria General, la notificación de la presente Resolución de alcaldía, conforme a Ley.

REGÍSTRESE COMUNIQUESE Y CÚMPLASE.



MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE ICA

Ing. Carlos Humberto Reyes Roque
ALCALDE