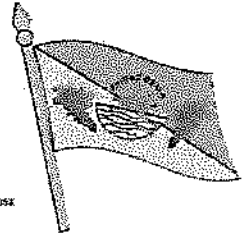




MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE ICA



RESOLUCION DE ALCALDIA N° 914 -2023-AMPI

ICA, 08 NOV 2023

VISTO: El Informe Legal N°765-2023-GAJ-MPI, de fecha 24 de octubre de 2023, El Informe Legal N° 740-2022-AL-LMJC-SGRRHH-GA-MPI, de fecha 07 de noviembre de 2022, la Resolución de Gerencia de Administración N° 768-2022-GA-MPI, de fecha 08 de noviembre de 2022, y;

CONSIDERANDO:

De acuerdo con el Informe Legal número 740-2022-LMJC-SGRRHH-GA-MPI, emitido el 7 de noviembre de 2022, se recomienda **DECLARAR IMPROCEDENTE**, la solicitud presentada por la administrada, Victoria Salcedo Gonzales.

A través de la Resolución de Gerencia de Administración N° 768-2022-GA-MPI, con fecha 8 de noviembre de 2022, se decide que lo requerido por **Victoria Salcedo Gonzales** no es procedente.

En relación a la apelación presentada por la parte interesada

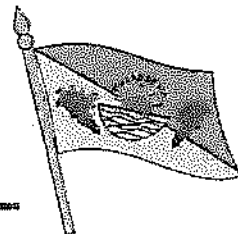
La administrada, en el plazo establecido por la Ley N° 27444, ejerció su derecho a solicitar Recurso Administrativo de Apelación CONTRA la Resolución de Gerencia de Administración N° 768-2022-GA-MPI, fechada el 8 de noviembre de 2022, que determinó que lo solicitado por la administrada es **IMPROCEDENTE**. Ergo busca la anulación completa de dicha resolución.

La administrada, menciona que inició su empleo como apoyo administrativo en la Municipalidad Provincial de Ica el 1 de enero de 2019, bajo un contrato de locación de servicios en la Sub Gerencia de Tesorería, manteniendo una relación laboral continua de más de 3 años y 10 meses. Además, hace referencia a la Ley N° 24041 con el propósito de que se le reconozcan sus derechos, en particular la protección proporcionada por dicha ley. Esto se debe a que ha estado trabajando como locador de servicios desde el 1 de enero de 2019, acumulando un total de más de 3 años y 10 meses de servicio ininterrumpido en la Municipalidad Provincial de Ica. Anteriormente, desempeñó funciones de apoyo administrativo en el área de tesorería de la Municipalidad Provincial de Ica a partir del 1 de enero de 2010 bajo el régimen CAS.

Se alega que la mencionada resolución es nula debido a que motiva una decisión de la Gerencia de una manera inapropiada, incongruente y temeraria en relación a las normativas y leyes actualmente vigentes en el sistema legal peruano. Esto se refleja en la afirmación de que la Ley N° 24041 ha sido



MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE ICA



derogada. Además, se menciona que supuestamente lo que se buscaba era el reconocimiento de un historial laboral de más de 12 años de servicio en la Municipalidad de Ica. Sin embargo, en su solicitud, no se ha hecho referencia a ningún reconocimiento de historial laboral.



De acuerdo con lo estipulado en el artículo 194° de la Constitución Política del Perú, que ha sido modificado por la Ley N° 30305 - Ley de Reforma Constitucional, y en consonancia con el artículo II del Título Preliminar de la Ley N° 27972 - Ley Orgánica de Municipalidades, se establece que las Municipalidades son organismos de gobierno local que gozan de autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Dicha autonomía se basa en la capacidad de llevar a cabo actos de gobierno, actos administrativos y actos de administración, siempre respetando el marco legal vigente.



El numeral 6° del artículo 20° de la Ley N° 27972°, conocida como Ley Orgánica de Municipalidades, establece que una de las atribuciones del Alcalde es la emisión de decretos y resoluciones de alcaldía, siguiendo las disposiciones legales y ordenanzas vigentes. De manera similar, el artículo 43° de esta misma ley señala que las resoluciones de alcaldía se utilizan para aprobar y resolver cuestiones de naturaleza administrativa.



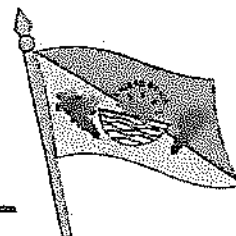
El artículo 20°, numeral 33) de la Ley N° 27972°, conocida como la Ley Orgánica de Municipalidades, establece que una de las atribuciones del alcalde es resolver, en última instancia administrativa, los asuntos que están bajo su competencia de acuerdo con las normativas del Procedimiento Administrativo de la Municipalidad.

La Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444°, tiene como objetivo fundamental proporcionar el marco legal para garantizar que la actuación de la Administración Pública esté al servicio de la protección del interés general, respetando los derechos e intereses de los administrados y cumpliendo el ordenamiento constitucional y legal vigente.

El Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, modificado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, en su Título Preliminar, Artículo IV, numeral 1.1 y 1.2, establece que las autoridades administrativas deben actuar en concordancia con la Constitución, las leyes y el derecho, dentro de los límites de sus atribuciones y con miras a cumplir sus propósitos. También asegura que los administrados tienen derechos y garantías relacionados con el debido procedimiento administrativo, incluyendo aspectos como la notificación, el acceso al expediente, la posibilidad de refutar acusaciones, presentar argumentos, ofrecer pruebas y obtener una decisión razonable y fundamentada emitida por una autoridad competente.



MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE ICA



En relación a su recurso de apelación

Habiendo definido claramente la solicitud y el tema de discusión en función del expediente presentado, es apropiado examinar la petición a la luz de los argumentos ofrecidos por la administrada en su apelación.

Sin embargo, a través de su recurso de apelación, la administrada busca que se invalide la Resolución de Gerencia de Administración N° 768-2022-GA-MPI, emitida el 08 de noviembre de 2022, la cual desestima su solicitud. Además, la apelante alega haber comenzado a trabajar en la Municipalidad Provincial de Ica con un contrato administrativo de servicio desde el 01 de enero de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2018. A partir del 01 de enero de 2019, ha brindado servicios de locación de servicio en la Sub Gerencia de Tesorería de la Municipalidad de Ica durante un período de 3 años y 10 meses. En consecuencia, solicita que se reconozca su derecho de protección en virtud de la Ley N° 24041.

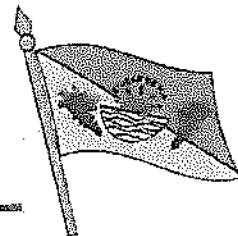
El artículo 1764 del Código Civil, establece que la locación de servicios implica que el locador se compromete a prestar servicios al comitente por un periodo específico o para un trabajo concreto, a cambio de una remuneración, sin que exista subordinación entre ambas partes. En este caso, la relación civil entre las partes se ha desarrollado de acuerdo a esta normativa. La prestación de servicios se llevó a cabo por un período determinado sin que la administradora estuviera subordinada al comitente, y esta prestación de servicios fue debidamente compensada mediante recibos por honorarios emitidos por la administradora y pagados por la entidad, de acuerdo con el contrato de Locación de Servicios que ambas partes suscribieron.

Si existiera alguna preocupación de que el contrato se haya desnaturalizado, lo que implicaría que en realidad se ha establecido una relación laboral disfrazada como un contrato de servicios, los elementos clave de un contrato de trabajo estarían presentes: prestación de servicios personales, subordinación, un horario y una remuneración económica. Además, el artículo 1361 del Código Civil establece que los contratos son vinculantes si están expresados en ellos, y se presume que la declaración expresa en el contrato refleja la voluntad compartida de las partes, siendo quien lo cuestione el que debe demostrar lo contrario.

El contrato de Locación de Servicios regula la prestación de servicios, ya sean de naturaleza material o intelectual. Según lo dispuesto en dicho contrato, el plazo máximo es de seis (6) años para servicios profesionales y de tres (3) años para otros tipos de servicios. Es importante destacar que estos contratos se consideran de naturaleza civil, lo que significa que no están sujetos a la protección laboral.



MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE ICA



En cuanto a la Ley N° 24041, su artículo 1 establece una protección contra el despido injustificado que se aplica a los servidores contratados para desempeñar funciones de carácter permanente y que hayan trabajado de manera continua durante más de un (1) año, bajo el Régimen del Decreto Legislativo N° 276. Estos servidores solo pueden ser despedidos o destituidos siguiendo el procedimiento establecido en dicho decreto y por las causales establecidas en su capítulo V.



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.

Además, en cuanto a la contratación mediante la modalidad de Locación de Servicios para actividades de carácter permanente, en el punto 2.10 del Informe N° 458-2011—SERVIR/GG-OAJ, se mencionó lo siguiente:

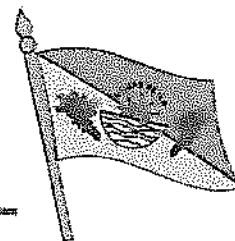
- (...), en el contrato de locación de servicios la prestación de servicios se realiza de manera independiente, sin presencia de subordinación del contrato. Así lo ha expresado el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el **EXPEDIENTE N° 04840-2007-PA/TC¹**.

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

¹ EXPEDIENTE N° 04840-2007-PA/TC



MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE ICA



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

(...).

En este sentido, la Ley N° 28175 - Ley Marco del Empleo Público, que se aplica a todas las personas que realizan labores remuneradas bajo subordinación para el Estado, estipula en su artículo 5° que *"El ingreso al empleo público se realiza mediante un proceso de selección público y abierto, organizado por grupo ocupacional, basado en los méritos y competencia de los individuos, en un marco de igualdad de oportunidades"*. En el caso presente, no se cumple con las condiciones establecidas en este artículo, ya que no se ha llevado a cabo un concurso público de méritos.

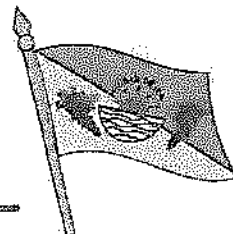
El artículo 12° del Decreto Legislativo N° 276 establece como un requisito para ingresar a la carrera administrativa la presentación y aprobación en el concurso de admisión. Por su parte, el artículo 28° del Reglamento de dicha ley indica que el acceso a la administración pública, ya sea como servidor de carrera o servidor contratado para labores de naturaleza permanente, debe realizarse necesariamente a través de un concurso. La incorporación a la Carrera Administrativa se efectúa en el nivel inicial del grupo ocupacional al cual el individuo haya postulado, y cualquier acto administrativo contrario a esta disposición se considera nulo.

Asimismo, el artículo 32° del mencionado reglamento establece que el ganador del concurso de ingreso es incorporado a la Administración Pública mediante una resolución de nombramiento o contrato, en la que se especifica el puesto de trabajo correspondiente. En resumen, el ingreso a la administración pública bajo los términos del Decreto Legislativo N° 276, ya sea como servidor de carrera (nombrado) o servidor contratado para labores de naturaleza permanente (contratado), siempre se realiza a través de un concurso público. Es importante señalar que, aunque los servidores contratados por servicios personales no formen parte de la Carrera Administrativa, siguen estando sujetos a las disposiciones de dicha ley en la medida en que les resulte aplicable.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia del expediente N° 05057-2013-PA/TC (conocido como el Caso Huatuco Huatuco), ha enfatizado los elementos esenciales del derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad. Estos elementos incluyen: i) la posibilidad de ingresar o acceder a la función pública, ii) la facultad de ejercerla en su totalidad, iii) la oportunidad de



MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE ICA



ascender en la función pública y iv) el requisito de igualdad de condiciones de acceso.

El Tribunal Constitucional ha subrayado que el principio fundamental que rige el derecho de acceso a la función pública es el principio de mérito. Este principio implica que tanto el Estado como las entidades públicas están obligados a regular el acceso a la función pública basándose en el mérito. Además, deben aplicar este principio de manera rigurosa en todas sus acciones relacionadas con el ingreso a la función pública.

En consideración a lo expuesto, se ha promulgado la Ley N° 28175°, conocida como la Ley Marco del Empleo Público. En su artículo 5°, esta ley establece que el acceso al empleo público se realiza mediante concursos públicos y abiertos, clasificados por grupos ocupacionales, y se fundamenta en los méritos y habilidades de las personas. En resumen, esta ley establece un marco normativo para garantizar un acceso a la función pública en igualdad de condiciones y basado en el mérito.

El Tribunal Constitucional sostiene que el acceso a la administración pública bajo un contrato a plazo indeterminado requiere necesariamente la realización previa de un concurso público de méritos para ocupar un puesto presupuestado y vacante de duración indefinida. En este sentido, el Tribunal enfatiza la importancia de la meritocracia, es decir, la evaluación basada en el mérito personal y la capacidad profesional, como un criterio esencial para el ingreso y la permanencia en la función pública. El mérito personal y la capacidad profesional son considerados factores objetivos fundamentales en la selección y continuidad en el empleo estatal para la prestación de servicios públicos. (Expediente N.0 00020-2012- P/TC FJ 56).

En lo referente al Silencio Administrativo Negativo planteado por la administrada

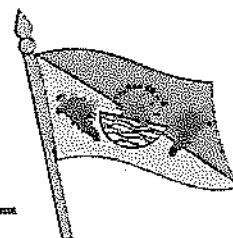
Es importante destacar que este mecanismo le brinda la posibilidad de ejercer recursos administrativos y acciones judiciales en su defensa.

El Silencio Administrativo Negativo no inicia la contabilización de plazos o términos para la impugnación, ya que la normativa no establece un plazo específico para presentar una demanda contencioso-administrativa en caso de que se produzca un Silencio Administrativo Negativo. Sin embargo, es esencial considerar la fecha en la que se genera dicho silencio para calcular el plazo perentorio en el que la administrada podrá impugnar judicialmente el acto administrativo.

En principio, el Silencio Administrativo Negativo no se interpreta como la existencia de un acto administrativo en sí mismo, sino como una habilitación para



MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE ICA



el solicitante a recurrir a instancias posteriores y trasladar la competencia para resolver su solicitud. La administrada puede acogerse al Silencio Administrativo Negativo simplemente presentando el recurso administrativo o la demanda contencioso-administrativa correspondiente, sin requerimiento previo ni notificación a la autoridad instructora. Por lo tanto, la autoridad administrativa puede emitir una decisión hasta que sea notificada de la demanda judicial o se presente el recurso administrativo. Si emite una decisión después de notificada la demanda, carecerá de eficacia. Sin embargo, si el acto expreso se produce antes de la notificación de la demanda, el demandante puede optar por concluir el proceso o incluirlo como objeto del mismo.

El Silencio Administrativo Negativo es una herramienta legal que permite al ciudadano considerar que su solicitud ha sido denegada a efectos de presentar un recurso administrativo o una demanda administrativa. La administrada puede elegir si ejerce esta opción o si espera una respuesta formal por parte de la administración, ya que este mecanismo opera por decisión voluntaria del solicitante y no de manera obligatoria, como lo respalda la jurisprudencia del Tribunal Constitucional N°1003-98-AA/TC "Caso Alarcón Méndez"².

- "(...), habiendo transcurrido el plazo en exceso sin que la administración se haya pronunciado por la solicitud del demandante, HA OPERADO EL SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO, por lo que el recurrente de acuerdo al artículo 188, numeral 188.3 de la Ley 27444, se encuentra HABILITADO PARA INTERPONER LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS Y LAS ACCIONES JUDICIALES PERTINENTES (...)."³

El silencio administrativo negativo, por lo tanto, se considera una opción potestativa, ya que el solicitante puede optar por esperar la respuesta de la administración o decidir impugnar la falta de actividad administrativa ante un superior o recurrir al Poder Judicial para iniciar un proceso contencioso administrativo. En última instancia, el objetivo es salvaguardar los derechos relacionados con el acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva.

Por lo tanto, el Tribunal Constitucional establece una clara distinción en cuanto a la activación del silencio administrativo negativo, ya que este mecanismo se desencadena debido a la inacción de la administración pública para responder a la solicitud, lo que lleva a considerarse que la petición ha sido denegada. Sin embargo, en el expediente que tenemos a nuestra disposición, se encuentra la Resolución de Gerencia de Administración N° 768-2022-GA-

² Doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional que en la STC N°1003-98-AA/TC "Caso Alarcón Méndez"

³ STC N° 1972-2007, del 08 de enero del 2007, caso Elek Karsay Rizsanyi, fundamento jurídico N°3 <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/01972-2007-AA.pdf>.



MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE ICA



MPI, emitida el 08 de noviembre de 2022 y notificada el 09 de noviembre del mismo año, como se menciona en el escrito de apelación presentado el 25 de noviembre de 2022. En consecuencia, el silencio administrativo no sería aplicable en este caso, ya que la entidad municipal proporcionó una respuesta oportuna a la solicitud de la administrada.

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;

SE RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación presentado por la administrada **VICTORIA SALCEDO GONZALES**, contra la Resolución de Gerencia de Administración N° 768-2022-GA-MPI, de fecha 08 de noviembre del 2022.

ARTÍCULO SEGUNDO: **RATIFICAR** en todos sus extremos la Resolución de Gerencia de Administración N° 768-2022-GA-MPI, de fecha 08 de noviembre del 2022.

ARTÍCULO TERCERO: declarar **IMPROCEDENTE** la solicitud de aplicación del silencio administrativo negativo.

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.



MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE ICA
SECRETARIA GENERAL

TRANSCRIPCION N° R.P. 914 FECHA: 08 NOV 2023
ENTIDAD: S.G.2-I

REGISTRESE COMUNIQUESE Y CÚMPLASE.

es grato remitirle para su conocimiento y fines la presente Transcripción de Resolución N° R.P. 914 de Fecha 08 NOV 2023

ABOG. WILFREDO ISAAC AQUJE UCAYUA
C.A.I. N° 4259
SECRETARIO GENERAL

