RESOLUCIÓN DE GERENCIA MUNICIPAL Nº 096-2023-GM-MDCC

Cerro Colorado, 23 de febrero de 2023

VISTOS:

El Memorándum N° 10-2023-GAF-MDCC, el Informe N° 0111-2023-MDCC-GAF-SGGTH-ESP-ABG, el Proveído N° 098-2023-MDCC-GAF-SGGTH, el Informe N° 018-2023-MDCC-GAF-MDCC, Informe N° 044-2023-MDCC/GPPR, el Informe Legal N° 027-2023-SGALA-GAJ-MDCC, el Proveído N° 03-2023-SGALA/GAJ/MDCC, la Carta N° 034-2023-MDCC-GAF, escrito de descargo presentado por Enrique Alejandro Ortiz Llamosas con Trámite 230214M215 el Proveído N° 55-2023-GAF-MDCC, Informe Legal N° 059-2023-GAJ-MDCC; y,

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 194° de la Constitución Política del Estado, las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno local que gozan de autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia; autonomía que según el artículo II del Título Preliminar de la Ley Orgánica de Municipalidades - Ley N° 27972, radica en la facultad de ejercer actos de gobierno, administrativos y de administración, con sujeción al ordenamiento jurídico;

Que, el sub numeral 1.1 del numeral IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG) precisa que el procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en el principio de legalidad, por 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 les fueron conferidos;

Que, el numeral 202.1 del artículo 202 de la LPAG establece que en cualquiera de los casos enumerados en el artículo 10, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agravien el interés público o lesionen derechos fundamentales;

Que, la precitada norma establece en su numeral 213.2 del artículo 213 que la nulidad de oficio solo puede ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se invalida. Si se trata de un acto emitido por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad es declarada por resolución del mismo funcionario. Asimismo, señala en su numeral 213.3 que la facultad para declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos prescribe en el plazo de dos (2) años, contado a partir de la fecha en que hayan quedado consentidos;

Que, numeral 1 del artículo 10 de la LPAG estatuye que son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, la contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias;

Que, artículo V del Título Preliminar del Código Civil determina que es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres;

Que, el tratadista Marcial Rubio Correa[1] expresa que se entiende por orden público al conjunto de normas jurídicas que el Estado considera de cumplimiento ineludible, y de cuyos márgenes no puede escapar ni la conducta de los órganos del Estado, ni la de los particulares, para lo cual el Estado compromete sus atribuciones coercitivas y coactivas, de ser necesario recurrir a ellas;

Que, el sub numeral 1 del numeral 2.1 del artículo 2 del Decreto Legislativo del Sistema Nacional de Presupuesto Público subraya que adicionalmente a los principios de la Administración Financiera del Sector Público y los del Derecho Público en lo que resulte aplicable, el Sistema Nacional de Presupuesto Público se rige por el principio de equilibrio presupuestario que prohíbe a las entidades aprobar gastos sin que estos cuenten con el presupuesto correspondiente;

Que, el profesor de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú, César Ochoa Cardich[2], acota que por el principio de equilibrio presupuestario se prohíbe incluir autorizaciones de gasto sin el financiamiento correspondiente;

Que, el numeral 34.2 del artículo 34 del Decreto Legislativo del Sistema Nacional de Presupuesto Público erige que las disposiciones legales y reglamentarias, los actos administrativos y de administración, los contratos y/o convenios así como cualquier actuación de las Entidades, que generen gasto deben supeditarse, de forma estricta, a los créditos presupuestarios autorizados, quedando prohibido que dichos actos condicionen su aplicación a créditos presupuestarios mayores o adicionales a los establecidos en los Presupuestos, bajo sanción de nulidad de la autoridad competente, y sujetos a responsabilidad civil, penal y administrativa del Titular de la Entidad y de la persona que autoriza el acto. Dichos actos administrativos o de administración no son eficaces;

Que, el literal e del artículo III del Título Preliminar de la Ley de Servicio Civil remarca que todo acto relativo al sistema del Servicio Civil está supeditado a la disponibilidad presupuestal, el cumplimiento de las reglas fiscales, la sostenibilidad de las finanzas del Estado, así como a estar previamente autorizado y presupuestado;

Que, el literal a del artículo 6 de la Ley Marco del Empleo Público delinea como requisito de acceso al empleo público, la existencia de un puesto de trabajo presupuestado en el Cuadro de Asignación de Personal - CAP y en el Presupuesto Analítico de Personal - PAP;

[1] Rubio Correa, M. (1986). Para leer el Código Civil, III. Título Preliminar. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú - Fondo Editorial, 186.
[2] Ochoa Cardich, C. (1998). Bases del régimen constitucional presupuestario. Themis Revista de Derecho 37, Segunda Época, 277 - 284.

Que, el artículo 9 de la Ley Marco del Empleo Público enuncia que 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;

Que, el numeral 4.2 del artículo 4 del Decreto legislativo que regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios formula que es requisito para la celebración del contrato administrativo de servicios la existencia de disponibilidad presupuestaria, determinada por la oficina de presupuesto de la entidad o quien haga sus veces;

Que, el sub numeral 1.3 del artículo IV de del Título Preliminar de la LPAG estipula que las autoridades deben dirigir e impulsar de oficio el procedimiento y ordenar la realización o práctica de los actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias;

Que, el numeral 11.3 del artículo 11 de la LPAG contempla que la resolución que declara la nulidad dispone, además, lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad del emisor del acto inválido, en los casos en que se advierta ilegalidad manifiesta, cuando sea conocida por el superior jerárquico;

Que, a través del Memorándum N° 10-2023-GAF-MDCC el Gerente de Administración y Finanzas solicita al Sub Gerente de Gestión de Talento Humano informe técnico detallado del personal administrativo CAS a plazo indeterminado;

Que, con Informe N° 0111-2023-MDCC-GAF-SGGTH-ESP-ABG el Abogado de la Sub Gerencia de Gestión del Talento Humano da cuenta, entre otros, que la plaza que ocupa el(la) servidor(a) público(a) Enrique Alejandro Ortiz Llamosas no se encuentra prevista en el CAP, ni en el MOF de la entidad, informe remitido con Proveído N° 0098-2023-MDCC-GAF-SGGTH por el Sub Gerente de Gestión del Talento Humano a Gerencia de Administración Financiera;

Que, a través del Informe N° 018-2023-MDCC-GAF-MDCC el Gerente de Administración y Finanzas solicita al Gerente de Planificación, Presupuesto y Racionalización informe si al momento de la contratación del(de la) servidor(a) público(a) Enrique Alejandro Ortiz Llamosas contaba con previsión presupuestal de manera indeterminada;

Que, con Informe N° 044-2023-MDCC/GPPR el Gerente de Planificación, Presupuesto y Racionalización articula que la disponibilidad presupuestal que otorgó para la plaza materia de análisis sólo fue por un periodo determinado –de marzo a diciembre del año 2019–, no autorizando previsión presupuestal de manera indefinida para ejercicios futuros; agregando que posteriormente no ha recibido solicitud alguna de la Sub Gerencia de Gestión del Talento Humano para asignar una previsión presupuestal que garantice la contratación del(de la) servidor(a) público(a) Enrique Alejandro Ortiz Llamosas a plazo indeterminado;

Que, mediante Informe legal N° 027-2023-SGALA-GAJ-MDCC el Sub Gerente de Asuntos Legales Administrativos, evaluado los informes citados líneas arriba, expresa que existiría un aparente vicio de nulidad del acto administrativo que reconoce la vinculación a plazo indeterminado del(de la) servidor(a) público(a) antes mencionado(a), coligiendo en ese sentido que debe notificarse a éste(ésta), con los actuados correspondientes, a efecto que se pronuncie y ejerza su derecho de defensa sobre lo advertido, de acuerdo con lo decretado en el artículo 213 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General;

Que, a través de la Carta N° 034-2023-MDCC-GAF se notifica en fecha 07 de febrero del 2023 al(a la) servidor(a) público(a) Enrique Alejandro Ortiz Llamosas los presuntos vicios de nulidad del acto administrativo que reconoce su vinculación a plazo indeterminado bajo el régimen laboral del Decreto Legislativo N° 1057, otorgándole un plazo de cinco (5) días hábiles para que ejerza su defensa acorde a ley;

Que, el escrito de descargo, signado con Trámite 230214M215, presentado el 14 de febrero del 2023, el(la) servidor(a) público(a) Enrique Alejandro Ortiz Llamosas, alega que cuando lo contrataron contaban con previsión presupuestal para su contratación de manera indeterminada para los años posteriores, pues al momento de la contratación en el año 2019 todas las contrataciones CAS eran temporales conforme al Decreto Legislativo N° 1057 es así que con la entrada en vigencia de la Ley 31131 su contratación adquiere la condición de indeterminada y posteriormente en agosto del 2021 se suscribe una adenda por el cual se declara dicho carácter, los contratos administrativos de servicios son de carácter indefinido, motivo por el cual pueden ser despedidos solo por causa justa debidamente comprobada, no se contempla la falta de presupuesto o de previsión indeterminada, como causal de extinción de contrato; asimismo, la Ley N° 31131 no condiciona para su aplicación la existencia en el CAP o MOF.

Que, examinando los descargos efectuados y valuando la normatividad aplicable al caso en concreto, la Gerencia de Asesoría Jurídica de la Entidad, en su Informe Legal N° 059-2023-GAJ-MDCC, de fecha 22 de febrero del 2023, trae a colación la sentencia vinculante recaída en el Expediente N° 05057-2013-PA/TC, donde se menciona que; son elementos esenciales para la existencia de una relación laboral válida por tiempo indefinido con el Estado, que el accionante no sólo ingrese a la administración pública mediante concurso público de méritos, sino también que la plaza concursada además de estar presupuestada y vacante, sea de duración indeterminada, manifestando asimismo que, lo apuntado cobra fuerza en la definición en términos "presupuestarios" de Presupuesto Analítico de Personal, en el que se señala que éste, como documento de gestión institucional, refleja el costo que representa contar con una determinada cantidad de plazas, vacantes u ocupadas, en los cargos identificados en el CAP o CAP Provisional de la entidad; por lo que, debe entenderse por plaza presupuestada, como lo refiere la Directiva N° 0005-2021-EF/53.01, al cargo contemplado en el CAP o CAP Provisional que cuenta con crédito presupuestario en el presupuesto institucional, y que se refleja en el PAP de la Entidad;

Que, siendo así, el Gerente de Asesoría Jurídica, delinea que, para que un trabajador sujeto al régimen especial de contratación administrativa de servicios sea de plazo indeterminado, es indispensable que éste haya superado un concurso público para una plaza presupuestada vacante con carácter permanente, agregando que, la plaza concursada se encuentre dentro del Cuadro de Asignación de Personal y que el perfil exigido responda a lo determinado en el Manual de Organización y Funciones de la entidad;

Que, en ese sentido, Asesoría Jurídica, subsumiendo lo planteado al caso materia sub examine, señala que "*la plaza ocupada por el(la) tantas veces nombrado servidor(a) público(a) no se encuentra consignada en el Cuadro de Asignación de Personal, aprobado con Ordenanza Municipal N° 384-MDCC, menos aún comprendida en el Manual de Organización y Funciones, sancionado con Decreto de Alcaldía N° 010-2015-MDCC; a lo que se aúna que dicha plaza carece de presupuesto, toda vez, que el crédito presupuestario otorgado en su oportunidad únicamente era para la contratación de personal del régimen laboral del Decreto Legislativo N° 1057 en el ejercicio presupuestal del año 2019, mas no de manera indefinida, tal como lo sustenta el Gerente de Planificación, Presupuesto y Racionalización en el Informe N° 044-2023-MDCC/GPPR; consecuentemente, la contratación a plazo indeterminado del(de la) servidor(a) público(a) Enrique Alejandro Ortiz Llamosas carecería de validez legal, debiéndose declarar su nulidad de oficio por vulnerar normas de carácter laboral presupuestal*". Adicionando finalmente que; "*Cabe enfatizar que la trasgresión de las normas de acceso al servicio civil (empleo público) impide la existencia de una relación laboral válida y acarrean la nulidad del vínculo laboral.*"

Que, siendo que la nulidad de oficio sólo puede ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se invalida, corresponde a ésta Gerencia Municipal, en mérito a lo reglado en el numeral 202.2 del artículo 202 de la LPAG, emitir la respectiva resolución; disponiendo, entre otros, que ante las actuaciones practicadas que denotan un proceder que quebranta el marco normativo vigente aplicable para la tramitación del procedimiento administrativo sub examine, se remita copia de los actuados a la Secretaría Técnica de apoyo a las autoridades del procedimiento administrativo disciplinario, a efecto que determine a los responsables y responsabilidades incurridas por éstos, como lo prevé el numeral 11.3 del artículo 11 de la LPAG;

Que, estando a las consideraciones expuestas y a las facultades conferidas por la Ley Orgánica de Municipalidades - Ley N° 27972, Reglamento de Organización y Funciones (ROF) y el Manual de Organización y Funciones (MOF), ambos instrumentos de la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado, en consecuencia;

SE RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- DECLARAR la NULIDAD DE OFICIO del acto administrativo contenido en la addenda de Prórroga al Contrato Administrativo de Servicios N° 159-2019-MDCC, suscrito el 2 de agosto del 2021, que modifica el plazo del contrato celebrado con el(la) servidor(a) público(a) Enrique Alejandro Ortiz Llamosas a uno indeterminado en el régimen especial laboral del Decreto Legislativo N° 1057, como Especialista Administrativo de la Gerencia de Desarrollo Económico Local de la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado, y, demás actos administrativos posteriores, por las consideraciones expuestas en la presente resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO.- RETROTRAER los actuados a la etapa de emisión de la addenda de Prórroga al Contrato Administrativo de Servicios N° 159-2019-MDCC del 2 de agosto del 2021, acorde con lo estatuido en el numeral 12.1[3] del artículo 12 de la LPAG.

ARTÍCULO TERCERO.- ORDENAR, a la Sub Gerencia de Gestión de Talento Humano proceda conforme corresponda, observando el marco normativo aplicable al caso.

ARTÍCULO CUARTO.- REMITIR, copia fedateada de lo actuado a la Secretaría Técnica de apoyo a las autoridades del procedimiento administrativo disciplinario, a fin que determine a los responsables y responsabilidades incurridas por éstos en la emisión del acto inválido.

ARTÍCULO QUINTO.- DAR por AGOTADA LA VÍA ADMINISTRATIVA en lo concerniente a la declaración de la nulidad de oficio, como lo norma en el literal d del numeral 218.2 del artículo 218 de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

ARTICULO SEXTO.- NOTIFICAR, la presente resolución al administrado Enrique Alejandro Ortiz Llamosas.

REGÍSTRESE, COMUNÍQUESE, CÚMPLASE Y ARCHÍVESE.

MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE CERRO COLORADO
Abog. Antonio Acosta Villamonte
GERENTE MUNICIPAL

[3] La declaración de nulidad tendrá efecto declarativo y retroactivo a la fecha del acto, salvo derechos adquiridos de buena fe por terceros, en cuyo caso operará a futuro.