RESOLUCIÓN DE GERENCIA MUNICIPAL Nº 241-2023-GM-MDCC

Cerro Colorado, 12 de abril de 2023

VISTOS:

El Memorándum N° 10-2023-GAF-MDCC, el Informe N° 0452-2023-MDCC-GAF-SGGTH-ESP-ABG, el Proveído N° 1073-2023-MDCC-GAF-SGGTH, el Informe N° 194-2023-GAF-MDCC, Informe N° 240-2023-MDCC/GPPR, el Informe Legal N° 152-2023-SGALA-GAJ-MDCC, la Carta N° 165-2023-GAF-MDCC, el escrito de descargo de Cynthia Katherine Torres Molina, Trámite 230324V20, el Proveído N° 4036-2023-GAF-MDCC, Informe Legal N° 180-2023-GAJ-MDCC; y,

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 194° de la Constitución Política del Estado estatuye que 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; asimismo, en su artículo 213 establece que esta nulidad solo puede ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se invalida, prescribiendo tal facultad en el plazo de dos (2) años, desde que hayan quedado consentidos;

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, 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; en ese sentido, 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; asimismo, el artículo 9 de la misma norma enuncia que la inobservancia de las normas de acceso vulnera el interés general e impide la existencia de una relación válida, siendo nulo de pleno derecho el acto administrativo que las contravenga;

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;

[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, 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° 0452-2023-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) Cynthia Katherine Torres Molina se encuentra prevista en el Cuadro de Asignación de Personal, así como especificada en el Manual de Organización y Funciones de la entidad;

Que, a través del Informe N° 194-2023-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) Cynthia Katherine Torres Molina contaba con previsión presupuestal de manera indeterminada;

Que, con Informe N° 240-2023-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 de 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) Cynthia Katherine Torres Molina a plazo indeterminado;

Que, mediante Informe Legal N° 152-2023-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° 165-2023-GAF-MDCC se notifica en fecha 17 de marzo del 2023 al (a la) servidor(a) público(a) Cynthia Katherine Torres Molina 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 230324V20, presentado el 24 de marzo del 2023, el(la) servidor(a) público(a) Cynthia Katherine Torres Molina alega que ingreso al cargo de Asistente Administrativo en la Sub Gerencia de Licencias, Autorizaciones e ITSE con reglas pre establecidas las que fueron revisadas por la Comisión de Selección CAS 2019, lo que no puede ser materia de revisión. Asimismo, señala que no se contempla la causal de extinción de contrato por falta de disponibilidad presupuestal;

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° 180-2023-GAJ-MDCC, de fecha 5 de abril 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" del 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, la Gerencia de Asesoría Jurídica delinea también 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, asimismo, añade que la Autoridad Nacional del Servicio Civil en el Informe Técnico N° 00387-2023-SERVIR-GPGSC, demarca que para la contratación en el régimen especial de contratación administrativa de servicios, las entidades deben cumplir con las etapas mínimas que establece el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1057. Para el caso del acceso a tiempo indeterminado bajo este régimen, los postulantes deberán someterse a concurso público que contenga una evaluación de conocimientos técnicos a través del examen correspondiente, en la línea de lo expresado por el Tribunal Constitucional en la sentencia prorrumpida en el Expediente N° 00013-2021-PI/TC.

Que, finalmente, el Órgano de Asesoramiento Legal de la Entidad, subsumiendo lo planteado al caso en examen se tiene que la plaza ocupada por el(la) tantas veces nombrado servidor(a) público(a) 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, como lo sustenta el Gerente de Planificación, Presupuesto y Racionalización en el Informe N° 240-2023-MDCC/GPPR; consecuentemente, la contratación a plazo indeterminado del(de la) servidor(a) público(a) Cynthia Katherine Torres Molina carecería de validez legal, debiéndose declarar su nulidad de oficio por vulnerar normas presupuestales, máxime si de autos se denota que éste(a) no ingreso por concurso público de mérito que haya tenido una evaluación de conocimientos técnicos, exigencia de ineludible cumplimiento para acceder a tiempo indeterminado en el régimen laboral especial de contratación administrativa de servicios.

Que, es pertinente acotar que el indebido reconocimiento del (de la) servidor(a) público(a) como contratado(a) a plazo indeterminado bajo el Decreto legislativo que regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios no sólo contraviene la política de austeridad en materia de ingresos de personal al sector público, sino también inobserva el lineamiento vinculante impartido por la Autoridad Nacional del

Servicio Civil sobre la identificación de los contratos CAS indeterminados y determinados a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional y su Auto emitido respecto del pedido de aclaración, en el que dictamina que para interpretar la naturaleza de los contratos administrativos –a plazo indeterminado o determinado–, las entidades deben considerar los criterios señalados en los numerales 2.10 a 2.11 y 2.18 a 2.21 del Informe Técnico N° 01479-2022-SERVIR-GPGSC, Informe de carácter vinculante que da paso a que las oficinas de recursos humanos de los tres niveles de gobierno –nacional, regional y local– evalúen si sus servidores CAS tienen el carácter indeterminado y que sólo de cumplirse con dicha condición generen la suscripción de las adendas respectivas, como lo ultima el numeral 3.4 del Informe Técnico N° 002292-2022-SERVIR-GPGSC.

Que, esta situación no se da en el presente caso, tras evidenciarse de lo actuado que la Sub Gerencia de Gestión del Talento Humano no ha practicado acto de evaluación previa que permita identificar la naturaleza del contrato CAS –a plazo indeterminado o determinado– del(de la) servidor(a) público(a) antedicho(a), lo que causa la nulidad de pleno derecho de la addenda de contrato administrativo de servicios obrante en autos; en ese sentido, atañe 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, Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444, Reglamento de Organización y Funciones (ROF) y el Manual de Organización y Funciones (MOF), estos dos últimos instrumentos de la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado,

SE RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- DECLARAR la NULIDAD DE OFICIO del acto administrativo contenido en la addenda de Prórroga al Contrato Administrativo de Servicios N° 162-2019-MDCC, suscrito el 2 de agosto del 2021, que modifica el plazo del contrato celebrado con el(la) servidor(a) público(a) Cynthia Katherine Torres Molina a uno indeterminado en el régimen especial laboral del Decreto Legislativo N° 1057, como Asistente Administrativo en la Sub Gerencia de Licencias, Autorizaciones e ITSE 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° 162-2019-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 del Talento Humano proceda conforme corresponda, observando el marco normativo aplicable al caso.

ARTÍCULO CUARTO.- DISPONER que la Sub Gerencia de Gestión del Talento Humano remita copia fedateada de los actuados 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(a la) administrado(a) Cynthia Katherine Torres Molina.

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.