



"Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad"

RESOLUCIÓN GERENCIAL GENERAL REGIONAL

N° L-000436 -2019/GOB. REG. TUMBES-GGR

Tumbes, 17 OCT 2019

VISTO:

El Expediente Doc. con Reg. N° 535294/Exp. con Reg. N° 458569 de 04.04.2019, el INFORME N° 253-2019/GOB.REG.TUMBES-ORAJ-ORH-UECP; la NOTA DE COORDINACIÓN N° 338-2019/GOB.REG.TUMBES-GGR-ORAJ-OR; el Expediente con Doc. con Reg. N° 566593/Exp. con Reg. N° 485844 de 21.05.2019; la NOTA DE COORDINACIÓN N° 406-2019/GOB.REG.TUMBES-GGR-ORAJ-OR; la NOTA DE COORDINACIÓN N° 520-2019/GOB.REG.TUMBES-GGR-ORAJ-OR; el INFORME N° 376-2019/GOB.REG.TUMBES-GGR-ORA-OLSA-UADQ-HMC; el INFORME N° 655-2019/GOB.REG.TUMBES-GGR-ORAJ-OR, y;

CONSIDERANDO:

Que, la Constitución Política del Perú y la Ley N° 27680 – ley de Reforma Constitucional, Capítulo XIV del título IV, establecido en el artículo 191° que "los Gobiernos Regionales tienen autonomía Política económica y administrativa en los asuntos de su competencia (...)".

Que, en concordancia con los artículos 189° y 197° de la constitución Política del Estado y la Ley N° 27783 – Ley de Bases de la Descentralización, establece la finalidad, principios, objetivos y criterios generales del proceso de descentralización, regula la conformación de las regiones y municipalidades; fija las competencias de los tres niveles de gobierno y determina los bienes y recursos de los gobiernos regionales y locales, y señala las relaciones de gobierno en sus distintos niveles.

Que, el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante TUO de la Ley N° 27444), en su Título Preliminar del artículo IV numeral 1.1 establece que "Las autoridades 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, siendo el caso que, el Principio del Debido Procedimiento estipulado en el sub numeral 1.2 del artículo acotado refiere que, los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo y que tales derechos y garantías comprende, de modo enunciativo mas no limitativo, entre otros, el derecho a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por la autoridad competente;

Que, la Ley N° 27867 – Ley Orgánica de los Gobierno Regionales, establece y norma la estructura, la organización, competencias y funciones de los Gobiernos Regionales, definiendo la organización democrática, descentralizada y desconcentrada del Gobierno Regional, conforme la constitución y a la Ley de Bases de la Descentralización.

Que, con Expediente Doc. con Reg. N° 535294/Exp. con Reg. N° 45856, de fecha 04 de abril del 2019, la señora Merly Yohana Montoya Montoya (en adelante administrada), solicitó reincorporación laboral al amparo de la Ley N° 24041, argumentando que ha laborado en esta Sede Regional desde el año 2015, por un periodo de 03 años y 03 meses.

Que, a través de INFORME N° 253-2019/GOB.REG.TUMBES-ORAJ-ORH-UECP con fecha de recepción 15 de abril del 2019, suscrito por la Jefa de la Unidad de Escalafón, informó que de la revisión efectuada en el Registro de Trabajadores, Pensionistas y otros Prestadores de Servicios se determina





"Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad"

RESOLUCIÓN GERENCIAL GENERAL REGIONAL
N° L-000436 -2019/GOB. REG. TUMBES-GGR

Tumbes, 17 OCT 2019

que la administrada no ha mantenido vínculo laboral ni relación contractual con la institución, debiendo solicitarse al área competente un reporte de los servicios brindados por la administrada.

Que, mediante la NOTA DE COORDINACIÓN N° 338-2019 /GOB.REG.TUMBES-GGR-ORAJ-OR, del 29 de abril del 2019, la Oficina Regional de Asesoría Jurídica solicitó información al Jefe de la Oficina de Logística y Servicios Auxiliares, indicando que es necesario que emita en el plazo de 48 horas el reporte de los servicios que hubiera prestado la administrada.

Que, con Expediente con Doc. con Reg. N° 566593/Exp. con Reg. N° 485844 de fecha 21 de mayo del 2019, la administrada interpuso recurso administrativo de apelación contra la Resolución Ficta por Silencio Administrativo Negativo, devenido del Documento N° 535294 signado al Exp. N° 458599 de fecha 04 de abril del 2019, indicando que ante el Gobierno Regional de Tumbes, solicitó la reincorporación laboral al amparo del Ley 24041, detallando de manera sucinta y detallada argumentos de los hechos facticos que sustentan la pretensión incoada.

Que, mediante la NOTA DE COORDINACIÓN N° 406-2019/GOB.REG.TUMBES-GGR-ORAJ-OR; de fecha 12 de abril del 2019, la Oficina Regional de Asesoría Jurídica solicitó al Jefe de la Oficina de Logística y Servicios Auxiliares CPC Edgar Atoche Sandoval, alcanzar expediente e información con carácter urgente en el término de la distancia puesto que la información requerida fue solicitada con anterioridad mediante la NOTA DE COORDINACIÓN N° 338-2019/GOB.REG.TUMBES-GGR-ORAJ-OR.

Que, mediante la NOTA DE COORDINACIÓN N° 520-2019/GOB.REG.TUMBES-GGR-ORAJ-OR, de fecha 23 de septiembre del 2019, la Oficina de Asesoría Jurídica reitera por tercera y última vez al Jefe de la Oficina de Logística y Servicios Auxiliares CPC Edgar Atoche Sandoval, remitir el reporte de los servicios que hubiera prestado la administrada así como el expediente con carácter urgente.

Que, a través de INFORME N° 376-2019/GOB.REG.TUMBES-GGR-ORA-OLSA-UADQ-HMC, con fecha de recepción 27 de septiembre del 2019, suscrito por el Jefe de la Unidad de Adquisiciones Hermes Medina Coronado, alcanzó información en relación al servicio prestado por la administrada, la misma que realizaba diversos servicios como personal de apoyo, asimismo, que del portal de Transparencia, Proveedores del Estado, como persona natural se visualiza que ha tenido compromiso con esta Institución durante los años 2015, 2016, 2017, 2018, según documento adjuntado del Sistema Integral de Gestión Administrativa.

Respecto al caso concreto, mediante el Doc. con Reg. N° 566593/Exp. con Reg. N° 485844 de fecha 21 de mayo del 2019, la administrada interpuso recurso administrativo de apelación contra la Resolución Ficta por Silencio Administrativo Negativo, devenido del Documento N° 535294 signado al Exp. N° 458599 de fecha 04 de abril del 2019, indicando que ante el Gobierno Regional de Tumbes, solicitó la reincorporación laboral al amparo del Ley 24041, detallando de manera sucinta y detallada argumentos de los hechos facticos que sustentan la pretensión incoada.

Ahora bien, debemos considerar que el punto controvertido en la presente instancia, es determinar si procede o no el reconocimiento del derecho a la protección de la Ley N 24041, por servicios prestados por tercero, puesto que mediante Doc. con Reg. N° 535294/ Exp. con Reg. N° 458569 de fecha 04 de abril del 2019, la administrada solicitó reincorporación laboral en aplicación de la Ley N° 24041, indicando que debe ser repuesta en el puesto de trabajo que venía desempeñando como asistente administrativo, bajo los siguientes argumentos: i) que, empezó a prestar servicios en la condición de pago por servicios por terceros en el mes de abril del 2015 como auxiliar de redes y soporte técnico



2





"Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad"

RESOLUCIÓN GERENCIAL GENERAL REGIONAL
N° 000436 -2019/GOB. REG. TUMBES-GGR

Tumbes, 17 OCT 2019

perteneciente a la oficina de Tecnología de la Información, asimismo, laboró como asistente administrativo en la Oficina de la Secretaría General Regional desde octubre del 2015 durante 03 años y 03 meses de manera ininterrumpida; ii) que, las labores que desempeñaba dieron lugar a partir de abril del 2015 hasta el 31 de diciembre del 2018, realizando las funciones permanentes de Asistente Administrativo de manera continua e ininterrumpidamente en la Secretaría General Regional bajo las órdenes del Secretario General, que por la condición; y, iii) que, por las labores permanentes y continuas que desempeñó, al inicio de sus labores en el año 2015 emitió recibo por honorario de manera mensual la suma de mil quinientos y 00/100 soles (S/ 1,500 soles) posteriormente por su trabajo y responsabilidad se le subió a la suma de mil ochocientos y 00/100 soles (S/ 1, 800.00) y a partir del 2018 hasta diciembre del 2018 se le canceló la suma de dos mil y 00/100 (S/ 2000.00) por la responsabilidad de manejo de SISGUEDO y otros.

Por la naturaleza de la solicitud primigenia, es preciso indicar que el Lic. Adm. Carmen L. Moran Rosillo Directora del Sistema Administrativo II – Jefe de la Unidad de Escalafón mediante INFORME N° 253 - 2019/GOB.REG.TUMBES-ORAJ-ORH-UECP, informó que la administrada no se encuentra comprendida dentro de los alcances de la Ley N° 24041 puesto que no mantuvo relación laboral ni vínculo contractual bajo ningún régimen.

Asimismo, con INFORME N° 376-2019/GOB.REG.TUMBES-GGR-ORA-OLSA-UADQ-HMC suscrito por el Jefe de la Unidad de Adquisiciones Hermes Medina Coronado, alcanzó información en relación al servicio prestado por la administrada, la misma que realizaba diversos servicios como personal de apoyo, asimismo, que del portal de Transparencia, Proveedores del Estado, como persona natural se visualiza que ha tenido compromiso con esta Institución durante los años 2015, 2016, 2017, 2018, según documento adjuntado del Sistema Integral de Gestión Administrativa.

Que, en base a lo señalado en los párrafos precedentes, y según los informes emitidos por la Unidad de Adquisición y la Unidad de Escalafón de esta Sede Regional, se puede colegir que la administrada ha prestado Servicios por Terceros a esta entidad de manera interrumpida durante los años 2015, 2016, 2017, 2018, tal y como consta en los documentos anexos al presente informe.

Que, es preciso indicar que de la Ley N° 24041 de la cual se ampara la administrada, en su artículo 1° señala: "Los servidores públicos contratados para labores de naturaleza permanente, que tengan más de un año ininterrumpido de servicios, no pueden ser cesados ni destituidos sino por causas previstas en el Capítulo V del Decreto Legislativo N° 276 y con sujeción al procedimiento establecido en él, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 15 de la misma Ley". Sin embargo, no implica que el servidor contratado con más de un año ininterrumpido de servicios goce de los mismos derechos de un servidor de carrera, o que haya obtenido el derecho al nombramiento (ingreso a carrera administrativa), **toda vez 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**. Asimismo, la incorporación a la Carrera Administrativa será por el nivel inicial del grupo ocupacional al cual postuló. Siendo nulo todo acto administrativo que contravenga la presente disposición, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28° del Reglamento de la Ley de Carrera Administrativa.

Que, conforme se puede apreciar de lo expuesto anteriormente, dentro de los alcances de la Ley N° 24041, se encuentra comprendido el personal que tiene la condición de contratado bajo el



"Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad"

RESOLUCIÓN GERENCIAL GENERAL REGIONAL

N° L-000436 -2019/GOB. REG. TUMBES-GGR

Tumbes, 17 OCT 2019

Régimen del Decreto Legislativo N° 276, siendo que en el presente caso la administrada no se encuentra bajo este régimen, puesto que los servicios prestados fueron bajo la modalidad de **Servicios por Terceros**, por tanto no estaría dentro de los alcances de la presente Ley.

Que, por su parte el literal d) del 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 Decreto Supremo N° 005-90-PCM, 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"**. Por lo que el ingreso a la administración pública se debe realizar mediante concurso público de méritos a una plaza previamente presupuestada.

Que, por otro lado, también cabe señalar que el Tribunal Constitucional ha establecido como PRECEDENTE VINCULANTE lo recaído en el Expediente N° 05057-2013-PA/TC JUNIN, del cual se extrae que **no podrá ordenarse la reposición a plazo indeterminado de los trabajadores del sector público que, pese a acreditar la desnaturalización de sus contratos temporales o civiles, no hayan obtenido una plaza en virtud un concurso público de méritos**.

Que, en relación al argumento esbozado por la administrada respecto a que su vínculo con esta entidad se genera a través de los Contratos Personales a Plazo Fijo y que se le pagaba a través de boletas de pago de personal contratado siendo la base legal de estos contratos el Decreto Legislativo N° 276, resulta incongruente, puesto que para el ingreso a la carrera administrativa se requiere como ya se ha desarrollado líneas arriba que la administrada participe de concurso público de méritos a una plaza vacante y debidamente presupuestada; por tanto, el hecho que el pago por los servicios brindados se realizara mediante boletas de pago de personal contratado, no genera ningún vínculo laboral con la entidad.

Que, en cuanto los servicios prestados por la administrada mediante la modalidad de **SERVICIOS POR TERCEROS**, corresponde es este extremo señalar que estos SON DE NATURALEZA CIVIL Y NO INVOLUCRAN VINCULO LABORAL, sino que por el contrario están sujetos al artículo 1764° del Código Civil, el mismo que establece que **"el locador debe prestar personalmente el servicio, pero puede valerse bajo su propia dirección y responsabilidad de auxiliares y sustitutos si la colaboración de otros está permitido en el contrato (...)"**. En ese sentido, el recurrente ha acreditado en su solicitud de Reincorporación Laboral la prestación de servicios por terceros, según se advierte de las copias simples de los Recibos por Honorarios Electrónicos girados en diferentes fechas por los servicios prestados a esta entidad. Cabe indicar que, de la documentación adjuntada por el recurrente, no puede advertirse otro tipo de vínculo como el **laboral**, que fije la relación entre trabajador y empleador, quedando solamente acreditada la relación de naturaleza civil entre el recurrente y esta entidad.

Que, respecto al PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD, cabe señalar lo desarrollado por la Primera Sala del Tribunal Constitucional al resolver con fecha 31 de enero de 2006 el Expediente N° 04814-2005-PA/TC, Loreto, seguido por Carlos Dionisio Carrasco Rodríguez, que considero:



"Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad"

RESOLUCIÓN GERENCIAL GENERAL REGIONAL N° 000436 -2019/GOB. REG. TUMBES-GGR

Tumbes, 17 OCT 2019

"4. Con relación al Principio de Primacía de la Realidad que, es un elemento implícito en nuestro ordenamiento jurídico y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución, este colegiado ha precisado que en merito a de este principio (...) en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir a lo que lo sucede en el terreno de los hechos (Fundamento 3 de la STC N° 1944-2002-AA/TC)".

En ese sentido, no puede aplicarse al presente caso el Principio de Primacía de la Realidad, puesto que no se ha acreditado la desnaturalización del contrato de naturaleza civil, lo cual se prueba con la concurrencia de los 3 elementos propios del contrato de trabajo: la remuneración, la prestación personal y la subordinación; siendo este último el elemento determinante, característico y diferenciador del contrato de trabajo frente al contrato de locación de servicios. Y que en el caso materia de análisis, este elemento no ha sido fehacientemente probado, puesto que de la revisión del expediente se desprende que no existe documento alguno que demuestre la subordinación.

Que, debemos recordar que la Administración Pública se encuentra sometida, en primer lugar, a la Constitución de manera directa y, en segundo lugar, al principio de legalidad, de conformidad con el artículo 51° de la Constitución. De modo tal que la legitimidad de los actos administrativos no viene determinada por el respeto a la ley sino, antes bien, por su vinculación a la Constitución. Esta vinculación de la administración a la Constitución se aprecia en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, el cual, si bien formalmente ha sido denominado por la propia Ley como "Principio de legalidad", en el fondo no es otra cosa que la concretización de la supremacía jurídica de la Constitución, al prever que las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho.

Que, con INFORME N° 655-2019/GOB.REG.TUMBES-GGR-ORAJ-OR, de fecha 07 de octubre del 2019, el Jefe de la Oficina Regional de Asesoría Jurídica opina que se declare infundado el recurso administrativo de Apelación interpuesto por la administrada, MERLY YOHANA MONTOYA MONTOYA, contra Resolución Ficta por Silencio Administrativo Negativo que se había generado como consecuencia de que no atendió dentro del plazo de ley, lo solicitado en el Expediente de Registro Doc. N° 535294, de fecha 04 de abril del 2019, debiéndose dar por agotada la vía administrativa. Asimismo, mediante proveído S/N, la Gerencia General Regional autorizó proyectar resolución a la Oficina Regional de Asesoría Jurídica.

Dentro del contexto legal expuesto y de los documentos que obran en el expediente administrativo, se determina que la administrada no está comprendida en los alcances del Artículo 1° de la Ley N° 24041, por lo tanto resulta un imposible jurídico el reconocimiento de su derecho a la protección de la mencionada ley, que está solicitando doña MERLY YOHANA MONTOYA MONTOYA; por ello, deviene en infundado el recurso de apelación interpuesto por la mencionada administrada contra la Resolución Ficta por Silencio Administrativo Negativo.

Que, estando a lo actuado y contando con la visación de la Oficina Regional de Asesoría Jurídica y Secretaría General del Gobierno Regional de Tumbes y en uso de las facultades otorgadas por la Directiva N° 006-2017/GOB.REG.TUMBES-GGR-GRPPAT-SGDI-SG, denominada "DESCONCENTRACION DE FACULTADES Y ATRIBUCIONES DE LAS DEPENDENCIAS DEL



GOBIERNO REGIONAL TUMBES

Copia fiel del Original

"Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad"

RESOLUCIÓN GERENCIAL GENERAL REGIONAL N° 000436 -2019/GOB. REG. TUMBES-GGR

Tumbes, 17 OCT 2019

GOBIERNO REGIONAL TUMBES"; aprobada por Resolución Ejecutiva Regional N° 107-2017/GOB.REG.TUMBES-GR, de fecha 26 de Abril del 2017;

SE RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO.- DECLARAR INFUNDADO el RECURSO ADMINISTRATIVO DE APELACIÓN interpuesto la administrada MERLY YOHANA MONTOYA MONTOYA, contra Resolución Ficta por Silencio Administrativo Negativo que se había generado como consecuencia que no atendió dentro del plazo de ley, solicitado en el Expediente de Registro Doc. N° 535294, de fecha 04 de abril del 2019, debiéndose dar por agotada la vía administrativa.

ARTICULO SEGUNDO.- NOTIFICAR la presente resolución a la Interesada y a las Oficinas Competentes de la Sede Central del Gobierno Regional de Tumbes, para los fines pertinentes.

REGÍSTRESE, COMUNÍQUESE, CÚMPLASE Y ARCHÍVESE.


GOBIERNO REGIONAL TUMBES
ING. DAM WILFREDO CHINGA ZETA
GERENTE GENERAL REGIONAL (E)