



# GOBIERNO REGIONAL TUMBES

"Año de la Universalización de la Salud"

## RESOLUCIÓN GERENCIAL GENERAL REGIONAL

N° 000074 -2020/GOB. REG. TUMBES-GGR

Tumbes, 05 MAR 2020

### VISTO:

El escrito con Doc. Reg. 743233, de fecha 23 de enero de 2020; Informe N° 050-2020/GOB.REG.TUMBES-GGR-SGR-UTD; de fecha 06 de febrero de 2020; Informe N° 050-2020/GOB.REG.TUMBES-GGR-SGR; de fecha 07 de febrero de 2020 informe N° 078-2020/GOB.REG.TUMBES-GGR-ORAJ-OR; de fecha 12 de febrero 2020; y

### CONSIDERANDO:

Que, conforme al artículo 191° de la Constitución Política del Perú, que prescribe "Los Gobiernos Regionales tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia".

Que, con la Ley de Bases de la Descentralización - Ley N° 27783, se crean los Gobiernos Regionales, en cada uno de los departamentos del país, como *personas jurídicas de derecho público con autonomía política económica y administrativa en asuntos de su competencia, constituyendo para su administración económica y financiera un pliego presupuestal.*

Que, en el marco de lo dispuesto por la Constitución Política del Estado, Capítulo XIV, Título IV de la Ley N° 27680 - Ley de Reforma Constitucional sobre Descentralización, y el artículo 2° de la Ley N° 27867 - Ley Orgánica de Gobiernos Regionales y sus modificatorias, *los Gobiernos Regionales son personas jurídicas de derecho público, con autonomía política, económica y administrativa en asuntos de su competencia.*

Que, el numeral 1) del artículo 1° del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444<sup>1</sup>, (en adelante Ley N° 27444), establece que "*son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta*".

Que, el numeral 217.1 del artículo 217° de la Ley N° 27444, establece: 217.1 *Conforme a lo señalado en el artículo 120, frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa mediante los recursos administrativos señalados en el artículo siguiente, iniciándose el*

<sup>1</sup> Decreto Supremo N° 004-2019-JUS. Publicado el 25 de enero de 2019.



## GOBIERNO REGIONAL TUMBES

"Año de la Universalización de la Salud"

### RESOLUCIÓN GERENCIAL GENERAL REGIONAL

N° 000074 -2020/GOB. REG. TUMBES-GGR

Tumbes, 05 MAR 2020

correspondiente procedimiento recursivo. En concordancia, con el numeral 218.1 del artículo 218° del TUO de la Ley N° 27444, prescribe: "los recursos administrativos son: a) Recurso de reconsideración y b) Recurso de apelación (...)", por su parte el numeral 218.2 de la ley en comento establece: "El término para la interposición de los recursos es de quince (15) días perentorios, y deberán resolver en el plazo de treinta (30) días".

Que, el artículo 220° del TUO de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, prescribe: "El recurso de apelación se interpondrá cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, debiendo dirigirse a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico". En ese sentido, el recurso de apelación es interpuesto con la finalidad que el órgano jerárquicamente superior al emisor de la decisión impugnada revise y modifique la resolución del subalterno. Con este recurso lo que se busca es obtener un segundo parecer jurídico de la Administración Pública sobre los mismos hechos y evidencias, no requiere prueba nueva, pues se trata de una revisión fundamentalmente de una revisión integral del procedimiento desde una perspectiva fundamentalmente de puro derecho.

Que, mediante Doc. N° 743233 /Exp. N° 637647 de fecha 23 de enero de 2020, sisgado Doc. N° 718063 /Exp. N° 615593 de fecha 16 de diciembre de 2019 el administrado ROLANDO SEBASTIAN BARRETO CUM (en adelante el recurrente), interpone Recurso de Apelación contra la Resolución Gerencial General Regional N° 00528-2019/GOB.REG.TUMBES-GGR de fecha 03 de diciembre de 2019, a fin que el superior jerárquico reconozca su derecho a la PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO, por realizar labores de naturaleza permanente por más de cuatro años ininterrumpido de servicios, en estricto cumplimiento del Principio de Primacía de la Realidad, bajo los siguientes argumentos:

1. Que, el suscrito presto servicios en la Gerencia de Desarrollo Económico de la Sede del Gobierno Regional de Tumbes, desde el mes de octubre del 2014 hasta la actualidad en forma interrumpida, cuenta con más de cuatro (04) años de servicios de labores de naturaleza permanentes, por diferentes modalidades, tanto por terceros, proyectos de inversión pública.
2. No se ha tomado en cuenta el principio de primacía de la realidad y de la debida explicación fáctica de la simulación del contrato.
3. Que, el recurrente presto servicios cumpliendo labores de naturaleza permanentes, por diferentes modalidad terceros y proyectos de inversión pública recibiendo a cambio una remuneración mensual, por una contraprestación de servicio, cumpliendo un horario



## GOBIERNO REGIONAL TUMBES

"Año de la Universalización de la Salud"

### RESOLUCIÓN GERENCIAL GENERAL REGIONAL

N° 000074 -2020/GOB. REG. TUMBES-GGR

Tumbes, 05 MAR 2020

- establecido, dentro de la jornada laboral que cumplen los servidores nombrados de la entidad, bajo las órdenes de un jefe (...).
4. Estar comprendido dentro de los alcances la Ley N° 24041 y de sus alcances (...).

Que, el recurso de apelación interpuesto por el recurrente cumple con los requisitos de admisibilidad prescritos en los artículos 124<sup>2</sup> y 221<sup>3</sup> del TUO de la Ley N° 27444; y ha sido interpuesto dentro del plazo de ley, hecho que se puede verificar de la copia fedatada del cargo de notificación realizado al recurrente, el mismo que obra en el expediente, y se tiene que este fue notificado el 04 de diciembre de 2019, y en tanto el recurso impugnativo fue presentado el 16 de diciembre de 2019. En consecuencia, dicho recurso ha sido presentado dentro del plazo establecido en el numeral 216.2 del artículo 216° del TUO de la Ley N° 27444.

Que, del recurso impugnativo, se puede advertir que el recurrente alega *falta de motivación de la Resolución recurrida*, en ese sentido se tiene que en la parte expositiva y considerativa de la recurrida se detalla el Informe Legal respectivo emitido por la Oficina Regional de Asesoría Jurídica, mediante el cual se concluye que el pedido efectuado por el recurrente, resulta en improcedente; de modo tal que el órgano decisor ha fundamentado su decisión en las conclusiones arribadas por parte del órgano de asesoramiento, así como también ha desarrollado una relación concreta y directa de los hechos del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que justifican la decisión adoptada, conforme lo precisa el artículo 6° del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

Respecto al argumento incoado el recurrente, señala que *la resolución recurrida en su contenido argumentativo no desarrolla el contenido fáctico de la Ley N° 24041*, es falso,

<sup>2</sup> Artículo 124.- Requisitos de los escritos.

Todo escrito que se presente ante cualquier entidad debe contener lo siguiente:

1. Nombres y apellidos completos, domicilio y número de Documento Nacional de Identidad o carné de extranjería del administrado, y en su caso, la calidad de representante y de la persona a quien represente.
2. La expresión concreta de lo pedido, los fundamentos de hecho que lo apoye y, cuando le sea posible, los de derecho.
3. Lugar, fecha, firma o huella digital, en caso de no saber firmar o estar impedido.
4. La indicación del órgano, la entidad o la autoridad a la cual es dirigida, entendiéndose por tal, en lo posible, a la autoridad de grado más cercano al usuario, según la jerarquía, con competencia para conocerlo y resolverlo.
5. La dirección del lugar donde se desea recibir las notificaciones del procedimiento, cuando sea diferente al domicilio real expuesto en virtud del numeral 1. Este señalamiento de domicilio surte sus efectos desde su indicación y es presumido subsistente, mientras no sea comunicado expresamente su cambio.
6. La relación de los documentos y anexos que acompaña, indicados en el TUPA.
7. La identificación del expediente de la materia, tratándose de procedimientos ya iniciados.

<sup>3</sup> Artículo 221.- Requisitos del recurso. El escrito del recurso deberá señalar el acto del que se recurre y cumplirá los demás requisitos previstos en el artículo 124.



# GOBIERNO REGIONAL TUMBES

"Año de la Universalización de la Salud"

## RESOLUCIÓN GERENCIAL GENERAL REGIONAL

Nº 000074 -2020/GOB. REG. TUMBES-GGR

Tumbes, 05 MAR 2020

puesto que de la resolución impugnada se puede colegir que el órgano decisor ha desarrollado los alcances más saltantes de la citada Ley, llegando a la conclusión que para el acogimiento a la protección que brinda dicha Ley, resulta necesario que el recurrente hubiere concursado a una plaza de grupo ocupacional para nombramiento, no siendo el caso del recurrente ya que su contratación fue netamente de naturaleza civil. Ese sentido, cabe precisar cuáles son los alcances de la Ley N° 24041.

### Sobre los alcances de la Ley N° 24041<sup>4</sup>.

Es pertinente señalar que el Decreto Legislativo N° 276 prevé la existencia de dos tipos de servidores: los nombrados y los contratados. Mientras los primeros servidores civiles se encuentran comprendidos en la Carrera Administrativa y se sujetan a las normas que la regulan, los segundos no forman parte de dicha carrera sino que se vinculan a la administración pública para prestar el servicio objeto de la contratación

La contratación de servidores puede darse para que estos realicen temporalmente actividades de carácter permanente así como servicios de naturaleza temporal o accidental. En ambos casos, el contrato se celebra a plazo fijo (fechas de inicio y fin determinadas), sin embargo, por necesidad de servicio, la entidad podría disponer la renovación del mismo. Es así que el artículo 15° del Decreto Legislativo N° 276 establece que la renovación de contrato para labores de carácter permanente solo puede darse hasta por tres años consecutivos y luego de ello el servidor podría ingresar a la Carrera Administrativa previa evaluación.

No obstante, luego de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 276, fue promulgada la Ley N° 24041 que en su artículo 1° estableció que "aquellos servidores públicos contratados para labores de naturaleza permanente" y que tengan más de un año ininterrumpido de servicios, no pueden ser cesados o destituidos salvo que cometa falta disciplinaria, la misma que debe seguir el procedimiento correspondiente".

Asimismo, la Ley N° 24041 excluyó de sus alcances a aquellos servidores públicos contratados para desempeñar:

1. Trabajos para obra determinada.

<sup>4</sup> Informe Técnico N° 176-2017-SERVIR/GPGSC, de fecha 03 de marzo de 2017.



## GOBIERNO REGIONAL TUMBES

*"Año de la Universalización de la Salud"*

### RESOLUCIÓN GERENCIAL GENERAL REGIONAL

N° 000074 -2020/GOB. REG. TUMBES-GGR

Tumbes, 05 MAR 2020

2. Labores en proyectos de inversión proyectos especiales en programas y actividades técnicas administrativas y ocupacionales, siempre y cuando sean de duración determinada.
3. Labores eventuales o accidentales de corta duración.
4. Funciones políticas o de confianza.

#### Sobre la obligatoriedad del concurso público de méritos para el acceso al servicio civil<sup>5</sup>.

Al respecto, el artículo 28 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 276 - aprobado por Decreto Supremo N° 005-90-PCM- establece que el acceso a la Administración Pública en la condición de contratado para labores de naturaleza permanente se efectúa obligatoriamente mediante concurso, sancionando con nulidad cualquier acto administrativo que contravenga dicha disposición.

Similar posición se fue establecida en el Capítulo III de la Ley N° 28175 - Ley Marco del Empleo Público, la cual en su artículo 5° condiciona el acceso al servicio civil a la aprobación del respectivo concurso público de méritos, cuyo procedimiento de selección se inicia con la convocatoria que realiza la entidad y culmina con la resolución correspondiente y la suscripción del contrato. De igual modo, el artículo 9° de la Ley N° 28175 determina que la omisión del concurso público (regla de acceso) vulnera el interés general y, consecuentemente, impide la existencia de una relación laboral válida.

En tal sentido, queda claro que para acceder al servicio civil como contratado bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 276 necesariamente la entidad debe convocar a un concurso público de méritos cuyo/a ganador/a será quien podrá suscribir el contrato. Caso contrario, en mérito a lo dispuesto por el artículo 9° de la ley N° 28175, la contratación que no siga dicha regla de acceso debe ser declarada nula y, en consecuencia, no podrá acogerse al beneficio establecido por la Ley N° 24041.

Que, la naturaleza del Contrato Administrativo de Servicios constituye un régimen especial de contratación laboral para el sector público que se celebra conforme a lo establecido en el Decreto Legislativo N°1057, sus normas reglamentarias que resultan pertinentes y que vincula a una Entidad Publica con una persona natural que presta servicios de manera no

<sup>5</sup> Informe Técnico N° 176-2017-SERVIR/GPGSC, de fecha 03 de marzo de 2017.



GOBIERNO REGIONAL TUMBES

"Año de la Universalización de la Salud"

RESOLUCIÓN GERENCIAL GENERAL REGIONAL

N° 000074 -2020/GOB. REG. TUMBES-GGR

Tumbes, 05 MAR 2020

autónoma no sujeta a la ley de Bases de la Carrera Administrativa, al régimen laboral de la actividad privada ni a otras normas que regulan carreras administrativas especiales que rige por normas del derecho público y confiere a las partes únicamente los beneficios y obligaciones establecidos en Decreto Legislativo N°1057, y su Reglamento aprobado con D.S.N°075-2008-PCM.

Sin perjuicio de lo anterior, corresponde señalar que los Contratos de Servicios No Personales 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 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, el recurrente argumenta que presto servicios a esta entidad por periodo determinado y sin vínculo laboral, recibiendo a cambio una remuneración mensual, cumpliendo un horario bajo las órdenes de un jefe, demostrando subordinación, y que en aplicación del Principio de Primacía de la Realidad existiría una desnaturalización de su contrato. Siendo así, corresponde a esta entidad determinar si existió una relación de trabajo encubierta, como argumenta el recurrente. En ese sentido, el elemento de la subordinación no ha sido fehacientemente probado, puesto que de la revisión del expediente se desprende que no existe documento alguno que demuestre lo fundamentado por el suscrito.

Cabe precisar, que el Principio de Primacía de la Realidad, ha sido 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:

"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 mérito 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)".



## GOBIERNO REGIONAL TUMBES

"Año de la Universalización de la Salud"

### RESOLUCIÓN GERENCIAL GENERAL REGIONAL

N° 000074 -2020/GOB. REG. TUMBES-GGR

Tumbes, 05 MAR 2020

Que, vistos los actuados, se desprende que el recurrente ha prestado servicios de naturaleza no laboral; por lo tanto, no existe una relación laboral de "trabajador subordinado", pues no concurren los tres elementos del contrato laboral que son: la prestación personal de servicios, la subordinación y la remuneración. Es así que el recurrente para el caso de autos no ha demostrado la existencia de una relación laboral probando la concurrencia obligatoria de sus tres elementos; así se tiene que de la revisión de los actuados se advierte que su contratación fue estrictamente de naturaleza civil (según las copias simples de los comprobantes de pago por los servicios prestados por el recurrente) no existiendo ningún documento ni prueba que acredita la subordinación entre el locador y el locatario, requisito diferenciador del contrato de locación de servicios con el contrato laboral, por tanto el principio de primacía de la realidad no tiene sustento en el presente caso, pues el servicio que ha prestado el recurrente se enmarca dentro de un contrato netamente civil amparado y permitido por la legislación nacional lo cual **se corresponde con la realidad.**

Que, para ser considerado servidor público se debe cumplir con lo que prescribe el artículo 28° del Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y Remuneraciones, aprobado mediante Decreto Supremo N° 005-90-PCM, que establece: "*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 (...)*"; situación que en el presente caso no se cumple, pues por un lado los contratos han sido de naturaleza civil y por otro para acceder a la carrera pública no ha realizado concurso público de mérito a una plaza vacante y presupuestada.

Que, la Ley N° 28175 - Ley Marco del Empleo Público, aplicable a todas las personas que prestan servicios remunerados bajo la 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**". Sin perjuicio de lo anterior, se debe tener en consideración lo normado por la Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2018 - Ley N° 30693 (norma vigente al momento de la prestación de los servicios por parte del recurrente), al establecer en su artículo 8° numeral 8.1 "**Prohíbese el ingreso de personal en el Sector Público por servicios personales y el nombramiento**". Cabe precisar, y tener en cuenta el PRECEDENTE VINCULANTE del Tribunal Constitucional establecido 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**



GOBIERNO REGIONAL TUMBES

"Año de la Universalización de la Salud"

RESOLUCIÓN GERENCIAL GENERAL REGIONAL

Nº 000074 -2020/GOB. REG. TUMBES-GGR

Tumbes, 05 MAR 2020

Que, mediante Informe Nº 078-2020/GOB.REG.TUMBES-GGR-ORAJ-OR, con fecha 12 de febrero del 2020, el Jefe de la Oficina Regional de Asesoría Jurídica Abog. Alan Rodolfo Nuñez Aldana en atención a los antecedentes y análisis normativo OPINA: DECLARAR IMPROCEDENTE EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el administrado ROLANDO SEBASTIAN BARRETO CUM contra Resolución Gerencial General Regional Nº000528-2019/GOB.REG.TUMBES-GGR de fecha 03 de diciembre del 2019, en razón a los fundamentos expuestos en el presente informe.

Que, estando a lo actuado y contando con la visación de la Gerencia General Regional, Secretaria General Regional y Oficina Regional de Asesoría Jurídica del Gobierno Regional Tumbes y en uso de las facultades otorgadas por la Directiva Nº 006-2017/GOB.REG.TUMBES-GGR-GRPPAT-SGDI-SG, denominada "DESCONCENTRACION DE FACULTADES y ATRIBUCIONES DE LAS DEPENDENCIAS DEL GOBIERNO REGIONAL TUMBES"; aprobada por Resolución Ejecutiva Regional Nº 107-2017/GOB.REG.TUMBES-GR, de fecha 26 de Abril del 2017;

SE RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el administrado ROLANDO SEBASTIAN BARRETO CUM contra Resolución Gerencial General Regional Nº000528-2019/GOB.REG.TUMBES-GGR de fecha 03 de diciembre del 2019, en razón a los fundamentos expuestos en la presente resolución.

ARTICULO SEGUNDO.- TÉNGASE POR AGOTADA LA VÍA ADMINISTRATIVA en aplicación a lo establecido en el numeral 228.2 del artículo 228° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley Nº 27444. Aprobado por D.S-004-2019.

ARTICULO TERCERO.- NOTIFÍQUESE, la presente Resolución al administrado. ROLANDO SEBASTIAN BARRETO CUM en su domicilio real en Urbanización Andrés Araujo Moran MZ.22 Lote 25, provincia y departamento de Tumbes y demás oficinas competentes de la Sede Central del Gobierno Regional Tumbes, para su conocimiento y fines pertinentes.

REGISTRESE, COMUNIQUESE, CUMPLASE y ARCHIVESE.

Signature and stamp of Ing. DAM WILFREDO CHINGA ZETA, Gerente General Regional (R)