



RESOLUCION DE ALCALDIA N° **348**

San Isidro, **14 NOV. 2016**

EL ALCALDE DE SAN ISIDRO

VISTOS:

El Anexo D del Documento Simple N° 002127016 y el recurso de apelación interpuesto el 28 de octubre de 2016, por don JOSE ANTONIO CHANG CHU contra la Resolución de Gerencia Municipal N° 153-2016-0200-GM/MSI del 06 de octubre de 2016, notificada el 10 de octubre de 2016, que declaró procedente su solicitud de otorgamiento de defensa legal en un proceso penal seguido en su contra ante el 2° Juzgado de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos cometidos por funcionarios públicos, Expediente N° 00278-2015-3-1826-JR-PE-02, por actos adoptados en el ejercicio de sus funciones como ex Jefe de Equipo Funcional de Adquisiciones y Contrataciones.

CONSIDERANDO:

Que, el recurso de apelación cumple con los requisitos previstos en el artículo 113° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, así como se ha presentado dentro del plazo de 15 días hábiles establecido, de conformidad con los artículos 207°, numeral 207.2, y 134°, numeral 134.1, de la referida Ley;

Que, el impugnante señala como fundamentos de su apelación los siguientes:

1. *La resolución apelada resuelve aprobar su solicitud sin señalar que dicha aprobación sea ficta ni se pronuncia sobre su escrito que considera aprobada su solicitud.*

Al respecto, la Primera Disposición Transitoria Complementaria Final de la Ley del Silencio Administrativo, Ley N° 29060, establece que excepcionalmente **el silencio administrativo negativo** será aplicable en aquellos casos en los que se **generen obligación de dar o hacer del Estado**.

En concordancia con ello, mediante el numeral 2.20 del Informe Técnico N° 1733-2016-SERVIR/GPGSC, la Autoridad Nacional del Servicio Civil – SERVIR en su condición de ente rector del Sistema Administrativo de Recursos Humanos, ha señalado que ante la falta de pronunciamiento respecto a la solicitud de acceso a defensa legal corresponde aplicar silencio administrativo negativo de acuerdo a la Primera Disposición Transitoria Complementaria Final de la Ley N° 29060, pues se trata de una obligación de dar o hacer del Estado.

En este contexto, debe concluirse que el segundo párrafo del numeral 6.4.3 de la Directiva N° 004-2015-SERVIR/GPGSC “Reglas para acceder al beneficio de defensa y asesoría de los servidores y ex servidores civiles”, aprobada por Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 284-2015-SERVIR-PE, no establece la aplicación del silencio administrativo positivo a las solicitudes de beneficio de defensa y asesoría, toda vez que una norma de mayor jerarquía prescribe que para las obligaciones de dar o hacer del Estado, como es el caso del otorgamiento del derecho de defensa y asesoría, corresponde la aplicación del silencio administrativo negativo.

En consecuencia, carece de asidero jurídico la alegada aprobación ficta de la solicitud de otorgamiento de defensa por silencio administrativo positivo, siendo conforme a la normativa vigente la emisión de la resolución impugnada que formalizó la procedencia del otorgamiento del beneficio de defensa y asesoría solicitada.





2. El artículo 16° del ROF de la Municipalidad de San Isidro, aprobado por Ordenanza N° 382-MSI, establece que el Alcalde es el titular del pliego presupuestal y su máxima autoridad administrativa, en consecuencia, la Gerencia Municipal no constituye la máxima autoridad administrativa ni tiene la condición de titular de la entidad, por lo que la resolución emitida por dicho órgano adolece de nulidad por haber sido emitido por órgano incompetente.

El artículo VIII de la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N° 27972 y modificatorias, señala que los gobiernos locales están sujetos a los sistemas administrativos del Estado que por su naturaleza son de observancia y cumplimiento obligatorio.

A su vez, el artículo IV del Reglamento General de la Ley N° 30057, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, señala que para efectos del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, se entiende que el titular de la entidad es la máxima autoridad administrativa de una entidad pública, y que en los Gobiernos Locales, la máxima autoridad administrativa es el Gerente Municipal.

En este orden de ideas, la Directiva N° 004-2015-SERVIR/GPGSC “Reglas para acceder al beneficio de defensa y asesoría de los servidores y ex servidores civiles”, aprobada por Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 284-2015-SERVIR-PE, se enmarca como una normativa del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, que es de observancia y cumplimiento obligatorio, más aún cuando su propio numeral 5.1.3 define al “titular de la entidad” en los siguientes términos:

“Titular de la entidad: Para efectos de la presente Directiva, se entiende que el Titular de la entidad es la máxima autoridad administrativa de una entidad pública. En el caso de los Gobiernos Regionales y Locales, la máxima autoridad administrativa es el Gerente General del Gobierno Regional y el Gerente Municipal, respectivamente.”

En consecuencia, la normativa del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos establece expresamente que en tal sistema se considera como titular de la entidad en los gobiernos locales al Gerente Municipal, sin perjuicio que en otra normativa o sistema administrativo se establezca una diferente definición normativa que será de aplicación para tales casos.

Por tales consideraciones, la resolución impugnada ha sido emitida por el Gerente Municipal como autoridad competente a la que se refiere el numeral 6.4.3 de la Directiva N° 004-2015-SERVIR/GPGSC, en su condición de titular de la entidad en los gobiernos locales, según la normativa del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, por lo que carece de sustento la aducida nulidad de la Resolución de Gerencia Municipal N° 153-2016-0200-GM/MSI.

3. La resolución apelada dispone que la contratación del servicio de asesoría y defensa debe realizarse en los términos más favorables a la Municipalidad de San Isidro, lo cual constituye un acto arbitrario por cuanto la Directiva N° 004-2016-SERVIR/GPGSC no establece ninguna condición sino que dicha contratación debe ser realizada en los términos formulados en la solicitud, toda vez que no se formuló observación u objeción alguna dentro del plazo de ley originando la aprobación ficta del petitorio.

La contratación de servicios en las Entidades Públicas no se encuentra regulada por las normas laborales públicas, por ello no se encontrará ninguna condición al respecto en la Ley del Servicio Civil, su Reglamento General o en la Directiva N° 004-2015-SERVIR/GPGSC.





“Año de la consolidación del Mar de Grau”

Por su parte, el artículo 3° de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225, establece que dicha norma se aplica a las *contrataciones* que deben realizar las *Entidades Públicas*, como los *Gobiernos Locales*, que, para proveerse de bienes, *servicios* u obras, *asumen el pago con fondos públicos*.

Asimismo, los artículos 1° y 2° de la precitada Ley señalan como finalidad de la ley, establecer normas orientadas a maximizar el valor de los recursos públicos que se invierten y que las contrataciones se efectúen bajo las mejores condiciones de precio y calidad, así como que dichas normas se fundamentan, entre otros, en el principio de competencia mediante el cual los procesos de contratación incluyen disposiciones que permiten obtener la propuesta más ventajosa para satisfacer el interés público que subyace a la contratación.

En consecuencia, es conforme con el principio de competencia previsto en la normativa de contrataciones del Estado, lo dispuesto en la resolución impugnada en el extremo que dispone realizar las acciones necesarias para la contratación de la defensa legal otorgadas en las condiciones más ventajosas para la Municipalidad de San Isidro.

Por otra parte, el numeral 6.4.2 de la Directiva N° 004-2015-SERVIR/GPGSC establece que la evaluación de la solicitud de defensa y asesoría se limita al cumplimiento de los requisitos de admisibilidad y procedencia de la solicitud planteada, debiéndose señalar que entre los requisitos de admisibilidad se encuentra la presentación de la *propuesta de servicio de defensa o asesoría*, prevista en el numeral 6.3 de la misma Directiva.

A su vez, conforme a los numerales 2.10 y 2.11 del Informe Técnico N° 1755-2016-SERVIR/GPGSC, SERVIR indica que constituyen **requisitos de admisibilidad** (o de forma) la presentación de documentos, tales como *la solicitud, el compromiso de reembolso, la propuesta de servicio de defensa y asesoría, y el compromiso de devolver a la entidad los costos y las costas*; así como que constituyen **requisitos de procedencia** (o de fondo) el cumplimiento de lo señalado en el numeral 6.1 de la Directiva N° 004-2015-SERVIR/GPGSC, ello a efectos de no incurrir en alguna de las causales de improcedencia señaladas en el numeral 6.2 de la misma; y *que una vez evaluados los requisitos de admisibilidad e improcedencia*, corresponde elevar el expediente a la autoridad competente (Titular de la entidad), a efectos de que se **resuelva únicamente el otorgamiento de la defensa legal**.

De acuerdo con ello, no corresponde a la Entidad formular observaciones u objeciones al documento *propuesta de abogado y/o montos de honorarios*, sino solo verificar el cumplimiento de la presentación de dicho requisito de admisibilidad en las condiciones establecidas, consecuentemente, el acto que otorga el beneficio de defensa y asesoría no implica la aprobación de la contratación del servicio con el abogado propuesto y/o por monto de honorarios propuestos, mediante el documento presentado por el solicitante.

A mayor abundamiento, el numeral 6.4.3 de la Directiva N° 004-2015-SERVIR/GPGSC señala que la resolución indica expresamente dos aspectos:

- a) La procedencia o no de la autorización del otorgamiento del beneficio de defensa y asesoría.
- b) Dispone que los órganos competentes adopten las acciones para la ejecución de los gastos respectivos.

Por tanto, la Directiva distingue entre el otorgamiento del beneficio y las acciones para su ejecución. En este último aspecto, la entidad pública dispone que los órganos competentes adopten las acciones para la ejecución de los gastos, siendo tales acciones: efectuar el requerimiento para la contratación del servicio correspondiente, según el numeral 6.4.4 de la Directiva.



“Año de la consolidación del Mar de Grau”

Al respecto, dichas acciones deben realizarse en el marco de la normativa aplicable, que en el presente caso es la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento y disposiciones complementarias.

En consecuencia, al no ser materia de su competencia, ninguna disposición de la Directiva N° 004-2016-SERVIR/GPGSC ha prescrito que la entidad pública deba disponer la contratación directa del abogado propuesto y por el monto de honorarios propuesto, como consecuencia de la aprobación de una solicitud de otorgamiento del beneficio de defensa y asesoría.

4. *El artículo 27°, literal k), de la Ley de Contrataciones del Estado establece que los servicios especializados de asesoría legal para la defensa de funcionarios, como sería el presente caso, se realiza mediante contrataciones directas, y el artículo 87° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado señala que en las contrataciones directas, la Entidad debe realizar acciones inmediatas, requiriéndose invitar a un solo proveedor, por lo que subsiste la obligación de disponer acciones inmediatas para la contratación de abogado propuesto y por el monto de los honorarios planteados, los cuales forman parte integrante de su solicitud aprobada de manera ficta.*

En primer lugar, debe reiterarse lo señalado en los numerales precedentes en el extremo que indican que ninguna disposición de la Directiva N° 004-2016-SERVIR/GPGSC establece que la entidad pública deba disponer la contratación del abogado propuesto y por el monto de honorarios propuesto, como consecuencia de la aprobación de una solicitud de otorgamiento del beneficio de defensa y asesoría, así como que tampoco es aplicable la aprobación ficta por silencio administrativo positivo respecto a dichas solicitudes.

Por otra parte, el artículo 27°, literal k), de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 28255, establece lo siguiente:

“Excepcionalmente, las Entidades pueden contratar directamente con un determinado proveedor en los siguientes supuestos: (...)

k) Para los servicios especializados de asesoría legal para la defensa de funcionarios, servidores o miembros de las fuerzas armadas y policiales, a los que se refieren el Decreto Supremo 018-2002-PCM, el Decreto Supremo 022-2008-DE-SG y otras normas sobre defensa de funcionarios, o normas que los sustituyan.

(...).” (subrayados agregados)

De acuerdo con dicha disposición, la contratación directa de servicios especializados de asesoría legal es un procedimiento **excepcional** mediante el cual se exonera del procedimiento de selección concurrencial, y es **facultativo** por cuanto la utilización de dicho trámite excepcional, aun cuando concurra un supuesto previsto legalmente, no resulta obligatorio, en razón que las entidades públicas pueden optar por la contratación a través de la regla general que exige un procedimiento de selección concurrencial, de considerarlo conveniente en aplicación de los principios que rigen las contrataciones.

En consecuencia, no existe obligatoriedad normativa que exija la realización de la contratación de servicios especializados de asesoría legal exclusivamente mediante el procedimiento excepcional de la contratación directa, prevista en el artículo 27° de la Ley de Contrataciones del Estado.

Sin perjuicio de lo expuesto, la impugnada resolución ha dispuesto la realización de las acciones necesarias para la contratación de la defensa legal otorgada, la cual deberá efectuarse en estricta observancia de la normativa vigente.





“Año de la consolidación del Mar de Grau”

5. *El artículo 284° de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que toda persona tiene derecho a ser patrocinada por el abogado de su libre elección. En caso se pretenda desconocer su derecho a ser asesorado y/o defendido por un abogado de libre elección y realicen la contratación de profesional distinto al propuesto se estaría incurriendo en abuso de autoridad y en una vulneración de su derecho a la defensa. En consecuencia, existen fundamentos jurídicos suficientes que establecen la obligación de contratar al abogado de su libre elección para el servicio de asesoría y defensa que ha sido aprobado.*

El derecho a ser asesorado por un abogado de su libre elección, es un derecho que se ejerce ante la autoridad administrativa o jurisdiccional que le sigue el proceso correspondiente, y no ante la Entidad Pública que autoriza el otorgamiento de defensa o asesoría como un beneficio laboral al servidor.

Asimismo, según el fundamento 24 de la Sentencia del Tribunal Constitucional del 22 de junio de 2011, Expediente N° 02098-2010-PA/TC, el derecho a la asistencia letrada implica no sólo el nombramiento libre de un letrado, sino también la asistencia efectiva de este, y que para que ello suceda la autoridad previamente, al administrado, citado, detenido, acusado o procesado, le debe informar debidamente que su defensa puede ser asumida por él, o por un abogado elegido libremente por él, o, de ser el caso, por un abogado designado por la institución o por un defensor de oficio.

En este contexto, el servidor que requiere el otorgamiento del beneficio de defensa y asesoría, se somete voluntariamente a las disposiciones aplicables a las entidades públicas para la contratación del solicitado servicio de defensa y asesoría, por lo que resulta impertinente invocar una afectación a su derecho de defensa ante la entidad pública que le va proporcionar dicho servicio, a su solicitud; la cual no es la autoridad que lleva a cabo la investigación o proceso judicial o administrativo contra el servidor.

6. *Es necesario que se expida una resolución de alcaldía que declare la nulidad de la resolución apelada en donde se reconozca expresamente la aprobación ficta de su solicitud en los términos propuestos y se disponga la contratación directa, previa aprobación del Concejo Municipal, del abogado propuesto y por el monto de honorarios planteado en mi solicitud respecto a los cuales no se ha formulado observación u objeción dentro del plazo de ley.*



De acuerdo a lo señalado en los numerales anteriores, debe concluirse que la resolución impugnada cumple con el requisito de validez de competencia al haberse expedido por el Gerente Municipal, en su condición de titular de la entidad para efectos del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos; que no es aplicable el silencio administrativo positivo en los procedimientos que generen obligación de dar o hacer al Estado, según la Primera Disposición Transitoria Complementaria Final de la Ley del Silencio Administrativo, Ley N° 29060; que no existe obligatoriedad normativa que exija la realización de la contratación de servicios especializados de asesoría legal mediante el procedimiento excepcional de la contratación directa, prevista en el artículo 27° de la Ley de Contrataciones del Estado; y, que no existe ninguna disposición de la Directiva N° 004-2016-SERVIR/GPGSC que prescriba que la entidad pública deba disponer la contratación directa del abogado propuesto y por el monto de honorarios propuesto, como consecuencia de la aprobación de una solicitud de otorgamiento del beneficio de defensa y asesoría;



Que, por tales consideraciones, no encontrándose asidero jurídico en los fundamentos de la impugnación, corresponde desestimar el recurso de apelación interpuesto;



“Año de la consolidación del Mar de Grau”

Estando a lo expuesto y en uso de las facultades conferidas por el artículo 20°, numeral 6, de la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N° 27972 y modificatorias;

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Declarar INFUNDADO el recurso de apelación interpuesto por JOSE ANTONIO CHANG CHU contra la Resolución de Gerencia Municipal N° 153-2016-0200-GM/MSI del 06 de octubre de 2016, cuyo contenido se ratifica.

ARTÍCULO SEGUNDO: Dar por agotada la vía administrativa, de conformidad con el artículo 218°, numeral 218.2, literal b), de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

ARTÍCULO TERCERO: Notificar la presente resolución a don JOSE ANTONIO CHANG CHU en su domicilio procesal señalado en Casilla N° 7700 del Ilustre Colegio de Abogado de Luma – sede Miraflores, situado en Av. Santa Cruz N° 255, Miraflores, de acuerdo a ley.

REGÍSTRESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE



MUNICIPALIDAD DE SAN ISIDRO

MANUEL VELARDE DELLEPIANE
Alcalde