RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL N° 109-2017-GG-EMMSA

Santa Anita, 20 de diciembre de 2017

VISTO:

El recurso de apelación, de fecha 07.11.2017, presentado por la Sra. Liden Isela Torres Cuya, y el Informe Legal N°144-GAL-EMMSA-2017, de fecha 19.12.2017, emitido por la Gerencia de Asesoría Legal; y,

CONSIDERANDO:

Que, la Empresa Municipal de Mercados S.A. - EMMSA es una empresa municipal de derecho privado, organizada bajo la forma de Sociedad Anónima, que tiene por objeto administrar, controlar, supervisar y dirigir los mercados mayoristas existentes en la provincia de Lima, cuyas acciones y patrimonios son de propiedad de la Municipalidad Metropolitana de Lima, gozando de autonomía económica y administrativa, la misma que administra el Gran Mercado Mayorista de Lima;

Que, con fecha 01.01.2014, la Sra. Linden Isela Torres Cuya, suscribió la Ficha de Inscripción del Plan Piloto de Puestos Temporales en el Gran Mercado Mayorista de Lima, asignándole el Puesto Temporal G-003, Lado "A" del Gran Mercado Mayorista de Lima, de 14 m2, correspondiente al Giro de Kión. Dicha autorización comprendía desde el 01.01.2014 hasta el 31.08.2014, pagando un derecho de participación de S/. 1,000.00 soles mensuales; autorizaciones que han sido sucesivamente ampliadas por la Gerencia de Operaciones de EMMSA.

Que, con fecha 04.02.2017, mediante Acta de Constatación de Hechos N° 655, elaborado por la Unidad de Fiscalización y Control de la Gerencia de Operaciones, verificó en horario de comercialización (04:33 a.m.) que no se encontraba en la conducción del Puesto Temporal G-003, Lado "A" del GMML, la Sra. Liden Isela Torres Cuya, sino un tercero no autorizado comercializando los productos de limones, manifestando ser ayudante de nombre, Angel Sence Choquetinco, identificado con DNI N° 07472255.

Que, con fecha 05.02.2017, mediante Acta de Constatación de Hechos N° 683, elaborado por la Unidad de Fiscalización y Control de la Gerencia de Operaciones, verificó en horario de comercialización (05:38 a.m.) que el Puesto Temporal G-003, Lado "A" del GMML, que no tenía actividad comercial, encontrándose en su interior, cajas vacías de madera y jabas de plástico vacías.

Que, con fecha 28.04.2017, mediante Acta de Constatación de Hechos N° 2380, elaborado por la Unidad de Fiscalización y Control de la Gerencia de Operaciones, verificó en horario de comercialización (06:20 a.m.) que el Puesto Temporal G-003, Lado "A" del GMML, que no tenía actividad comercial.

Que, con fecha 13.07.2017, mediante Acta de Constatación de Hechos N° 3322, elaborado por la Unidad de Fiscalización y Control de la Gerencia de Operaciones, verificó en horario de comercialización (06:35 a.m.) que el Puesto Temporal G-003, Lado "A" del GMML, que no tenía actividad comercial, desde hace tres meses.

Que, con fecha 07.09.2017, mediante Acta de Constatación de Hechos N° 3988, elaborado por la Unidad de Fiscalización y Control de la Gerencia de Operaciones, verificó en horario de comercialización (06:30 a.m.) que el Puesto Temporal G-003, Lado "A" del GMML, que no tenía actividad comercial por parte de su titular y más bien se observó que lo está utilizando el titular del Puesto G-003, Lado "B" del GMML.

Av. La Cultura N° 808, Santa Anita, Lima - Perú
Telf. 518-2800 / www.emmsa.com.pe

Que, con Informe N° 0207-SGF-GO-EMMSA-2017 de fecha 07.09.2017, la Sub Gerencia de Fiscalización informa a la Gerencia de Operaciones, la situación del Puesto Temporal G-003, lado "A" del GMML, dando cuenta que la señora Liden Isela Torres Cuya, no realiza actividad comercial alguna, encontrándose en el Puesto al señor Basilio Machuca Apari (titular del Puesto Temporal G-003, lado "B" del GMML, quien se encuentra a cargo de la conducción y comercialización, conforme constan y registran en las Actas de Constatación de Hechos antes indicadas.

Que, con Memorando N° 0192-GO-EMMSA-2017 de fecha 12.09.2017, la Gerencia de Operaciones, remite a la Gerencia de Promoción, Proyectos y Desarrollo, el Informe N° 0207-SGF-GO-EMMSA-2017, a fin de que emita opinión técnica.

Que, con Informe N° 065-GPPD-EMMSA-2017 de fecha 29.09.2017, la Gerencia de Promoción, Proyecto y Desarrollo, remite a la Gerencia General de EMMSA, el Informe N° 0166-ODA-GPPD/EMMSA-2017 de fecha 26.09.2017, opinando dejar sin efecto la Ficha de Inscripción de Plan Piloto del Puesto Temporal G-003 a nombre de la señora Liden Isela Torres Cuya.

Que, con Memorando N° 294-GAL-EMMSA-2017 de fecha 23.10.2017, la Gerencia de Asesoría Legal, dirigido a la Gerencia General, opina que evaluado lo actuado, corresponde dejar sin efecto la participación de la señora Liden Isela Torres Cuya en el Plan Piloto.

Que, con fecha 23.10.2017, mediante Carta N° 975-2017-GG-EMMSA-2017, la Gerencia General de EMMSA comunica al domicilio de la Sra. Liden Isela Torres Cuya, que al haberse verificado el incumplimiento de sus obligaciones de manera continuada en diferentes fechas y horas, se procede a dejar sin efecto su participación en el denominado Plan Piloto, a partir de la fecha de recepción de la presente carta, la cual fue recepcionada por el señor Christian Andre Torres Cuya.

Que, con fecha 07.11.2017, mediante Escrito s/n, con Registro N° 3944, la Sra. Liden Isela Torres Cuya, interpone recurso de apelación contra la Carta N° 975-GG-EMMSA-2017, emitida por la Gerencia General de EMMSA, a través del cual se deja sin efecto su participación en el plan piloto, solicitando se declare fundado su recurso.

Que, considerando lo expuesto, el artículo 217° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, dispone que los actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia no se requiere nueva prueba, por lo que, se tramitan como recursos de reconsideración.

GERENCIA GENERAL V°B° J. A. LUNA B. GERENTE EMMSA

Que, en el presente caso, la Carta N° 975-GG-EMMSA-2017 impugnado por la recurrente, ha sido emitida por la Gerencia General, unidad orgánica de EMMSA que, no tiene órgano superior, motivo por el cual, el recurso de apelación será reconducido como un recurso de reconsideración, sin necesidad de nueva prueba, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 217° en concordancia con lo dispuesto en el artículo 221° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS (en adelante la "Ley"), el cual señala que "El error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación siempre que del escrito se deduzca su verdadero carácter"; en ese sentido, se procederá a la revisión de su procedencia y análisis de los argumentos formulados.

Que, en este orden de ideas, habiéndose verificado que el recurso impugnativo ha sido presentado dentro del plazo de quince días (15) previsto en el artículo 216.2 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, corresponde realizar el análisis de los argumentos planteados.

GERENCIA DE ASESORÍA LEGAL V°B° G. MABROU GERENTE EMMSA

Que, el recurso de impugnación, tienen como principales argumentos los siguientes: i. Invalidez del acto de notificación de la Carta N° 975-GG-EMMSA-2017. ii. Habérsele enviado una carta simple sin membresía notarial.

Av. La Cultura N° 808, Santa Anita, Lima - Perú
Telf. 518-2800 / www.emmsa.com.pe

Que, sobre el primer argumento, se debe precisar que no existe invalidez en el acto de notificación de la Carta N° 975-GG-EMMSA-2017, de fecha 23.10.2017, al domicilio de la señora Liden Isela Torres Cuya, toda vez, que fue recepcionado por el señor Christian Andre Torres Cuya, familiar directo de la persona notificada, resultando válida la notificación, desvaneciéndose este supuesto vicio de invalidez, no siendo amparable este extremo.

Que, asimismo sobre el segundo argumento, se debe indicar que la Carta N° 975-GG-EMMSA-2017 de fecha 23.10.2017, cumplió con la formalidad exigida en la ley, no siendo necesario emitirse una resolución para tomar la decisión de dejar sin efecto su participación en el plan piloto, toda vez, que era una autorización temporal, la cual se incumplió por no comercializar directamente en el espacio asignado durante un tiempo prolongado, sin siquiera una comunicación a EMMSA justificando dicha conducta, como se evidencia de los informes técnicos de las Gerencias competentes de la empresa, las cuales se sustentan en las actas de constatación de hechos; desvaneciéndose este supuesto, no siendo amparable este extremo.

Que, de manera general a todo procedimiento administrativo, el artículo 218° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, dispone que el recurso de apelación deberá interponerse cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, **debiendo para tal caso dirigirse a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna <u>para que ésta eleve lo actuado al superior jerárquico</u>**.

Que, de esta manera, tomando en cuenta que lo que se pretende con la interposición del presente recurso es obtener un segundo parecer u opinión jurídica por parte de la Entidad con relación a los mismos hechos y evidencias, se requiere analizar si existe un órgano superior a la Gerencia General de EMMSA quien tuviese la obligación de resolver el recurso, materia de análisis.

Que, en efecto, el recurso de apelación tiene como presupuesto la existencia de una jerarquía administrativa titular de la potestad de corrección y por eso, su finalidad es exigir al superior que examine lo actuado y resuelto por su subordinado. De modo tal que, se debe verificar la existencia de una relación de jerarquía entre el órgano que conoce el recurso y aquella otra que emitió el acto que es controvertido y sobre el cual se busca que el superior examine dicho acto materia de la interposición de la apelación, a efectos que lo modifique, sustituya, o revoque, de ser el caso.

Que, al respecto, conforme a las disposiciones legales de carácter general e interna de la Empresa Municipal de Mercados S.A., no existe legalmente la posibilidad de plantear un recurso de apelación contra las decisiones emitidas por la Gerencia General de EMMSA, toda vez que mediante dicho decisión, se agota la vía administrativa, por ser el órgano ejecutivo de mayor nivel dentro de la estructura orgánica de EMMSA, conforme lo dispone el artículo 15°[1] del Reglamento de Organización y Funciones de EMMSA. En ese orden de ideas, no resulta procedente que se eleve el presente recurso ante el Directorio de EMMSA.

GERENCIA GENERAL V°B° J. A. LUNA B. GERENTE EMMSA

Que, en ese sentido, debemos aclarar que, el derecho de recurrir una decisión de la Entidad no debe confundirse con la exigencia de una doble instancia administrativa. Este último no constituye un derecho fundamental del administrado, dado que no es posible imponer a la Administración Pública, en todos los casos, el establecimiento de una doble instancia. Es por ello que, la exigencia de la pluralidad de instancias es un derecho estrictamente en el ámbito de un proceso "judicial". Más aún, si se tiene en cuenta que las controversias surgidas entre el administrado y la Entidad solo pueden ser solucionadas de forma definitiva por un tercero, imparcial e independiente, y no por la propia Administración Pública.

GERENCIA DE ASESORÍA LEGAL V°B° G. MARROU GERENTE EMMSA

[1] Artículo 14°.- Gerencia General
La Gerencia General es el órgano de mayor nivel dentro de la estructura orgánica de la empresa. Es responsable de la planificación y conducción económica, financiera, legal, administrativa y marcha operativa y la aplicación de las políticas y decisiones emanadas por el Directorio de la Empresa, y de acuerdo a las disposiciones legales y administrativas vigentes.

Av. La Cultura N° 808, Santa Anita, Lima - Perú
Telf. 518-2800 / www.emmsa.com.pe

Que, en este orden de ideas, el Tribunal Constitucional[2] ha señalado que el derecho a impugnar las decisiones administrativas implica la posibilidad material de poder cuestionarlas mediante los mecanismos previstos en el procedimiento administrativo. En caso no se hayan previsto medios impugnatorios dentro del procedimiento administrativo, o cuando estos se han agotado y causado estado, esta garantía permite recurrir a la vía judicial para cuestionar la decisión de la Administración Pública.

Que, en consecuencia, la decisión de la Gerencia General contenida en la Carta N° 975-GG-EMMSA-2017, mediante el cual deja sin efecto la participación de la señora Liden Isela Torres Cuya en el Plan Piloto en el Puesto Temporal G-003, lado "A" del Gran Mercado Mayorista de Lima, ha puesto fin al procedimiento, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 195.1[3] del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS; razón por la cual deviene en improcedente el citado recurso.

Que, en consecuencia, la decisión de la Gerencia General contenida en la Carta N° 975-GG-EMMSA-2017, a través del cual, se deja sin efecto la participación de la señora Liden Isela Torres Cuya, en el plan piloto del Puesto Temporal G-003, lado "A" del Gran Mercado Mayorista de Lima, ha sido emitido cumpliendo los requisitos exigidos para la validez de los actos administrativos por mi representada de conformidad con lo dispuesto en la Ley; razón por la cual deviene en infundada el citado recurso.

En uso de las facultades conferidas a la Gerencia General;

SE RESUELVE:

GERENCIA DE ASESORÍA LEGAL V°B° G. MARROU GERENTE EMMSA

Artículo Primero.- Declarar IMPROCEDENTE el recurso de apelación interpuesto por la Sra. Liden Isela Torres Cuya contra la Carta N° 975-GG-EMMSA-2017, emitida por la Gerencia General de EMMSA, conforme a los fundamentos expuestos en la presente resolución.

Artículo Segundo.- NOTIFICAR a la señora Liden Isela Torres Cuya, para conocimiento y acciones que correspondan.

Artículo Tercero.- Dar por agotada la vía administrativa.

Regístrese, comuníquese y cúmplase.

EMPRESA MUNICIPAL DE MERCADOS S.A.
JOSE ANTONIO LUNA BAZO
GERENTE GENERAL

[2] Cf. Sentencia del 28 de junio de 2004, recaída en el Expediente N° 0606-2004-AA/TC, fundamento jurídico 6. Sentencia del 14 de noviembre de 2005, recaída en el Expediente N° 3741-2004-AA/TC, fundamento jurídico 23.

[3] Artículo 195.1: Fin del Procedimiento.- Pondrán fin al procedimiento las resoluciones que se pronuncian sobre el fondo del asunto, el silencio administrativo positivo, el silencio administrativo negativo en el caso a que se refiere el párrafo 197.4 del Artículo 197, el desistimiento, la declaración de abandono, los acuerdos adoptados como consecuencia de conciliación o transacción extrajudicial que tengan por objeto poner fin al procedimiento y la prestación efectiva de lo pedido a conformidad del administrado en caso de petición graciable.

Av. La Cultura N° 808, Santa Anita, Lima - Perú
Telf. 518-2800 / www.emmsa.com.pe