

RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL N° 14 -GG-EMMSA-2020

Santa Anita, 26 de febrero de 2020

VISTO:

Los escritos signados con los números 5441 y 6403 de fechas 19 de setiembre y 14 de noviembre de 2019 y los Informes Legales N° 141-GAL-EMMSA-2019 de fecha 17 de diciembre de 2019 y N° 041 -GAL-EMMSA-2020 de fecha 19 de febrero de 2020;

CONSIDERANDO:



Que, mediante los escritos signados con los números 1683 y 2282 de fechas 21 de marzo y 16 de abril de 2019, respectivamente, la señora Roxana Luz Quinto Oré - adjudicataria del puesto N° 020 del pabellón A para el giro de hortalizas en el GMML - solicitó la autorización para la comercialización de manzana corriente de agua.



Que, mediante la Carta N° 055-GPPD-EMMSA-2019 de fecha 29 de abril de 2019 el Gerente de Promoción, Proyectos y Desarrollo, le comunicó a la administrada que su petición era improcedente;

Que, con fecha 07 de junio de 2019, mediante el escrito signado con el número 3520, la administrada interpuso recurso de reconsideración contra la referida misiva, recurso que fue declarado improcedente mediante la Carta N° 0318-GPPD-EMMSA-2019 emitida por el Gerente de Promoción, Proyectos y Desarrollo;



Que, ante esta decisión, la señora Quinto Oré mediante el escrito número 5441 ingresado el 19 de setiembre de 2019, interpuso recurso de apelación, indicando además, que había operado el silencio administrativo;

Que, el artículo 220° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante el TUO de la Ley) , dispone que:

"Artículo 220.- Recurso de apelación

*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**". (el énfasis es nuestro).*

Que, en aplicación de la citada normativa, el referido recurso de apelación debió ser elevado al superior jerárquico; sin embargo, el Gerente de Promoción, Proyectos y Desarrollo a través de la Carta N° 0395-GPPD-EMMSA-2019 notificada el 22 de octubre de 2019, emitió pronunciamiento indicando que no ha operado el silencio administrativo positivo sin efectuar mayor análisis sobre los otros aspectos contemplados en el aludido recurso de apelación.

Que, el numeral 1 del artículo 10° del TUO de la Ley prescribe sobre nulidad de actos administrativos que:

"Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. *La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.*
(...)"



Que, la declaración de nulidad tiene efecto declarativo y retroactivo a la fecha del acto (Carta N° 0395-GPPD-EMMSA-2019) e implica la nulidad de los sucesivos, cuando estén vinculados a él, conforme a las disposiciones que emanan de los artículos 12° y 13° del TUO de la Ley.



Que, atendiendo a que la nulidad antes descrita es una de oficio, resulta pertinente remitirnos al numeral 213.2 del artículo 213° del mismo instrumento jurídico el cual dispone que:



"Artículo 213.- Nulidad de oficio

213.2 La nulidad de oficio solo puede ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se invalida.

(...)

*Además de declarar la nulidad, **la autoridad puede resolver sobre el fondo del asunto de contarse con los elementos suficientes para ello.** En este caso, este extremo sólo puede ser objeto de reconsideración (...)" (el énfasis es nuestro).*

Que, atendiendo a ello, y sin perjuicio de la nulidad antes descrita, corresponde que en este mismo acto se evalúe y resuelva también el fondo de la controversia, entendiéndose por ello, al pronunciamiento respecto al recurso de apelación y su complemento, conforme a la recomendación efectuada por la Gerencia de Asesoría Legal a través del Informe Legal N° 141-GAL-EMMSA-2019;

Que, mediante el escrito signado con el número 5441 ingresado el 19 de setiembre de 2019, la señora Quinto Oré, concesionaria del puesto N° 020 del Pabellón A del Gran Mercado Mayorista del giro de hortalizas, interpuso recurso de apelación contra la Carta N° 0318-GPPD-EMMSA-2019, argumentando que ha operado el silencio administrativo positivo respecto a su solicitud de autorización para la comercialización de manzana corriente para agua, solicitud ingresada mediante el número de registro 1683 y reiterada a través del número 2282 de fechas 21 de marzo y 16 de abril de 2019, respectivamente.

Que, al respecto, cabe señalar que esta corporación al ser una empresa municipal de derecho privado constituida bajo la modalidad de sociedad anónima, se rige por sus estatutos y en forma supletoria por la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades, en ese sentido, no cuenta con Texto Único de Procedimientos Administrativos – TUPA que regule los procedimientos que se siguen en relación a las solicitudes presentadas por los usuarios, razón por la cual, la aplicación del silencio administrativo planteado por la recurrente, carece de asidero legal;

Que, sin perjuicio de ello, cabe indicar que mediante la Carta N° 055-GPPD-EMMSA-2019, esta empresa municipal emitió pronunciamiento en relación a la solicitud de la recurrente referida a la autorización para la comercialización de manzana corriente para agua, declarándola improcedente;

Que, asimismo, la recurrente sostiene haber suscrito un contrato de concesión con esta empresa municipal, cuya cláusula vigésima primera establece que:

CLÁUSULA VIGÉSIMA PRIMERA.- TEMPORALIDAD DE PRODUCTOS AGROPECUARIOS

En el caso de la temporalidad de productos agropecuarios para suplir el giro principal autorizado, debido a la estacionalidad, esta situación tendrá que ser informada por LA CONCESIONARIA a EMMSA, a efectos de que esta última, previa evaluación autorice el producto de carácter temporal estacionario que deba corresponder.

Que, en este contexto, agrega la señora Quinto Oré en su escrito de apelación, que obtuvo de la anterior gestión la autorización correspondiente para precisamente comercializar en forma temporal el producto denominado manzana para agua;

Que, en relación a ello, es menester precisar que, conforme se verifica de la citada cláusula vigésimo primera del contrato de concesión, si bien es cierto la concesionaria puede solicitar la autorización para comercializar un determinado producto, no es menos cierto que es facultad y no una obligación – previa evaluación - de EMMSA autorizar dicha situación;

Que, en efecto, conforme se desprende de los actuados del presente expediente administrativo, se advierte que obran los Informes N° 012 y N° 031-SGPROY-GPPD/EMMSA/EMMSA-2019 de fechas 2 y 25 de abril de 2019 respectivamente, emitidos por el Subgerente de Proyectos de esta Corporación, en los que se señala que la solicitud



de autorización temporal para la comercialización de manzana corriente para agua no resulta factible, debido a que dicho producto pertenece al giro de frutas, estando su almacenamiento, distribución, comercialización y expendio autorizado a otros comerciantes mayoristas comprendidos en el giro de frutas, acotando que EMMSA como administrador del GMML, debe garantizar el correcto y óptimo funcionamiento de este mercado.

Que, en ese sentido, resulta evidente que en el marco de la cláusula vigésimo primera del aludido contrato de concesión, EMMSA efectuó la correspondiente evaluación de la solicitud planteada por la ahora recurrente, concluyendo que no resulta procedente, situación que incluso le fue debidamente comunicada a través de la Carta N° 055-GPPD-EMMSA-2019, debiendo agregarse en todo caso que, el hecho que la anterior gestión le haya otorgado alguna autorización no obliga en modo alguno a esta empresa a volver a otorgarla o renovarla, en ese sentido, el argumento de la recurrente en el extremo referido a la procedencia de la autorización solicitada sobre la base del contrato de concesión, carece de sustento legal que la ampare;

Que, en relación al escrito con número de registro 6403 de fecha 14 de noviembre de 2019 tomado como complemento de la apelación antes mencionada, cabe señalar que, evaluado el mismo se advierte que recoge los mismos argumentos deducidos en la apelación, agregando uno en particular, el referido a que esta empresa en la medida que no cuenta con TUPA, le sería aplicable las disposiciones que emanan del artículo 56° del TUO de la ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, el cual dispone que:

Artículo 56°.- Régimen de entidades sin Texto Único de Procedimientos Administrativos vigente

56.1 Cuando la entidad no cumpla con publicar su Texto Único de Procedimientos Administrativos, o lo publique omitiendo procedimientos, los administrados, sin perjuicio de hacer efectiva la responsabilidad de la autoridad infractora, quedan sujetos al siguiente régimen:

1. Respecto de los procedimientos administrativos que corresponde ser aprobados automáticamente o que se encuentran sujetos a silencio administrativo positivo, los administrados quedan liberados de la exigencia de iniciar ese procedimiento para obtener la autorización previa, para realizar su actividad profesional, social, económica o laboral, sin ser pasibles de sanciones por el libre desarrollo de tales actividades. La suspensión de esta prerrogativa de la autoridad concluye a partir del día siguiente de la publicación del TUPA, sin efecto retroactivo.

2. Respecto de las demás materias sujetas a procedimiento de evaluación previa, se sigue el régimen previsto en cada caso por este Capítulo.

56.2 El incumplimiento de las obligaciones de aprobar y publicar el Texto Único de Procedimientos, genera las siguientes consecuencias (...)."



Que, respecto a este argumento, es preciso acotar que, la aplicación del citado artículo resultaría arreglado a derecho en la medida que esta corporación se encuentre en la obligación de publicar un TUPA; sin embargo, conforme se ha indicado líneas arriba, esta empresa es una de derecho privado que se rige por sus estatutos y en forma supletoria por la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades, y no cuenta con Texto Único de Procedimientos Administrativos, en ese sentido, al no contar con dicho instrumento, tampoco le resultan aplicables las consecuencia jurídicas de su no publicación; siendo ello así, este argumento no cuenta con amparo legal que lo sostenga.

Que, de conformidad con los fundamentos expuestos y contando con las visaciones de la Gerencia de Asesoría Legal y la Gerencia de Promoción, Proyectos y Desarrollo;

SE RESUELVE:



Artículo 1°.- DECLARAR la nulidad de oficio de la Carta N° 0395-GPPD-EMMSA-2019 emitida el 17 de octubre de 2019, por el Gerente de Promoción, Proyectos y Desarrollo, retrotrayendo el procedimiento a ese estado, correspondiendo en ese sentido, emitir pronunciamiento respecto al recurso de apelación y su complemento interpuesto por la recurrente en contra de la Carta N° 0318-GPPD-EMMSA-2019.



Artículo 2°.- DECLARAR infundado el recurso de apelación y su complemento, interpuesto por la señora Roxana Luz Quinto Oré el 19 de setiembre y 14 de noviembre de 2019, respectivamente, en contra de la Carta N° 0318-GPPD-EMMSA-2019, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 3°.- DISPONER la notificación de la presente resolución a la señora Roxana Luz Quinto Oré.

Regístrese, Comuníquese y Cúmplase.

EMPRESA MUNICIPAL DE MERCADOS S.A.



JAIME ADHEMIR GALLEGOS RONDÓN
GERENTE GENERAL