

RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL N° 002 -GG-EMMSA-2021

Santa Anita, 05 de enero de 2021

VISTOS

El escrito signado con el Registro N° 3146, de fecha 15 de diciembre de 2020, presentado por la empresa INVERSIONES TICONA SAC y el Informe Legal N° 002-GAL-EMMSA-2021, de fecha 4 de enero de 2020, emitido por la Gerencia de Asesoría Jurídica;



CONSIDERANDO:

Que, mediante Contrato de Concesión N° 243-EMMSA-2018, de fecha 31 de octubre de 2018, la Empresa Municipal de Mercados SA (en adelante, EMMSA) otorga a la empresa INVERSIONES TICONA SAC (en adelante, la empresa comercializadora) el derecho de concesión del puesto de comercialización N° 25 del Pabellón A con un área de 32 m², del giro de hortalizas;



Que, mediante escrito signado con el Registro N° 2224-2020, de fecha 9 de octubre de 2020, la empresa comercializadora solicita a EMMSA, autorización para la venta temporal de manzana corriente para agua, debido a la estacionalidad del producto kion perteneciente al giro hortalizas;

Que, mediante Carta N° 337-GPPD-EMMSA-2020, notificada con fecha 20 de octubre de 2020, la Gerencia de Promoción, Proyectos y Desarrollo (ahora, Gerencia de Proyectos de Desarrollo e Infraestructura¹) comunica que la solicitud resulta improcedente;

Que, mediante escrito signado con el Registro N° 2723-2020, de fecha 9 de noviembre de 2020, la empresa comercializadora interpone recurso de reconsideración contra la Carta N° 337-GPPD-EMMSA-2020;

Que, mediante Carta N° 402-GPPD-EMMSA-2020, notificada con fecha 20 de noviembre de 2020, la Gerencia de Promoción, Proyectos y Desarrollo deniega lo solicitado;

Que, mediante escrito signado con el Registro N° 3146, de fecha 15 de diciembre de 2020, la empresa comercializadora interpone recurso de apelación contra la decisión contenida en la Carta N° 402-GPPD-EMMSA-2020;

Que, el artículo 220 del TUO de la Ley, regula el Recurso de Apelación conforme al siguiente detalle:

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

¹ La Gerencia de Promoción, Proyectos y Desarrollo, desde el presente año cambia de denominación a Gerencia de Proyectos de Desarrollo e Infraestructura, en mérito al nuevo Reglamento de Organización y Funciones (ROF) de EMMSA, aprobado por Acuerdo de Directorio N° 018-2020, y cuya vigencia rige desde el 2 de enero de 2021. Para efectos de la presente resolución nos remitiremos a la anterior denominación.

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.

Que, en aplicación de la citada norma, el referido recurso es elevado al superior jerárquico de la Gerencia de Promoción y Desarrollo, es decir, la Gerencia General, de conformidad con lo establecido en el artículo 11 del Reglamento de Organización y Funciones (ROF) aprobado por Acuerdo de Directorio N° 18-2020;

Que, en virtud a lo señalado en la norma, corresponde que en este mismo acto se evalúe y resuelva el fondo de la controversia, entendiéndose por ello, al pronunciamiento respecto al recurso de apelación;

Que, el recurso de apelación interpuesto por la empresa comercializadora se sustenta en los siguientes argumentos: a) la ausencia de un Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA); b) la desnaturalización del procedimiento administrativo, al no dar respuesta a la recurrente mediante una resolución debidamente motivada; c) la correcta interpretación de la Cláusula Vigésima del Contrato de Concesión N° 243-EMMSA-2020; y) la falta de valoración de medios probatorios en el recurso de reconsideración, la cual vicia de nulidad el pronunciamiento formulado por la Gerencia de Promoción, Proyectos y Desarrollo, mediante Carta N° 402-GPPD-EMMSA-2020;

Que, en lo concerniente a la falta de un TUPA, cabe señalar que el artículo 43 del TUO de la Ley establece lo siguiente:

Artículo 43. Contenido del Texto Único de Procedimientos Administrativos

43.1 *Todas las entidades elaboran y aprueban o gestionan la aprobación, según el caso, de su Texto Único de Procedimientos Administrativos (...)*

Que, asimismo, el numeral 8 del Artículo I del TUO de la Ley establece lo siguiente:

Artículo I. Ámbito de aplicación de la ley

La presente Ley será de aplicación para todas las entidades de la administración Pública. Para los fines de la presente Ley, se entenderá por entidad o entidades de la Administración Pública:
(...)

8. *Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia.*

Los procedimientos que tramitan las personas jurídicas mencionadas en el párrafo anterior se rigen por lo dispuesto en la presente Ley, en lo que fuera aplicable de acuerdo a su naturaleza privada.

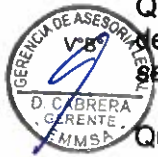
Que, de la revisión a los artículos antes acotados, se aprecia que es obligatorio para las entidades de la administración pública contar con un TUPA. Sin embargo, existe una precisión respecto de aquellas entidades de derecho privado, cuyos procedimientos se rigen por lo dispuesto en el TUO de la Ley, siempre que fueran aplicables a su naturaleza privada;

Que, el Estatuto de EMMSA establece que la entidad es una empresa municipal de derecho privado organizada bajo la forma de Sociedad Anónima, que goza de autonomía económica y administrativa; que se rige por su estatuto y supletoriamente por la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades;

Que, nos encontramos frente a una entidad de naturaleza privada que se administra bajo sus propias normas y, de forma accesoria, por la Ley General de Sociedades. Por tanto, no resulta obligatorio para EMMSA contar con un TUPA;



Que, respecto a la desnaturalización del procedimiento administrativo, conviene señalar que, el trámite de autorización promovido por la empresa comercializadora, se desarrolla en el marco del Contrato de Concesión N° 243-EMMSA-2018;



Que, de acuerdo con lo establecido en el numeral 5.5 de la Cláusula Quinta del referido Contrato de Concesión, es obligación de la empresa comercializadora, *tramitar las autorizaciones que sean necesarias para la conducción de su puesto y la comercialización de sus productos;*



Que, la Cláusula Vigésima del Contrato de Concesión establece que, *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 virtud a las cláusulas antes señaladas, no cabe duda que nos encontramos ante una relación particular, donde las partes han establecido diversos aspectos conducentes a que la empresa comercializadora desarrolle su actividad económica en el rubro autorizado; y que ante una eventual estacionalidad de su producto, pueda solicitar ante EMMSA el permiso para un cambio temporal. Sin embargo, no se ha establecido una formalidad determinada para el otorgamiento del mencionado permiso; por lo que, la exigencia de un requisito de validez adicional no contemplado en el Contrato de Concesión, como la emisión de una resolución, carece de sustento;

Que, de la revisión a los actuados, se aprecia que la solicitud formulada por la empresa comercializadora ha sido materia de respuesta mediante la Carta N° 337-GPPD-EMMSA-2020, emitida por la Gerencia de Promoción, Proyectos y Desarrollo, en el marco de sus competencias establecidas en los artículos 38 y 39 del ROF aprobado por Acuerdo de Directorio N° 39-2015². Asimismo, el recurso de reconsideración interpuesto por la recurrente ha sido atendida mediante Carta N° 402-GPPD-EMMSA-2020;

Que, las respuestas emitidas por EMMSA, a través de la Gerencia de Promoción, Proyectos y Desarrollo, en el marco del trámite contemplado en la Cláusula Vigésima del Contrato de Concesión, resultan ser válidas; por lo que, el argumento formulado por la empresa comercializadora, respecto a la desnaturalización del procedimiento administrativo y la necesidad de emitir repuesta mediante resolución, son infundados;

² El Reglamento de Organización y Funciones (ROF) aprobado por Acuerdo de Directorio N° 39-2015, ha quedado sin efecto desde el 2 de enero de 2021, conforme lo dispone el Acuerdo de Directorio 18-2020, con ocasión de la aprobación del nuevo ROF de EMMSA.

Que, de la interpretación de la Cláusula Vigésima del Contrato de Concesión N° 243-EMMSA-2020, se debe considerar que si bien es cierto la empresa comercializadora, en su calidad de Concesionaria, puede solicitar la autorización para vender un determinado producto con ocasión de la estacionalidad, la misma no resulta ser automática, puesto que se encuentra condicionada a una evaluación previa por parte de EMMSA;

Que, lo establecido en la Cláusula Vigésima del mencionado contrato no obliga a EMMSA a autorizar la solicitud de comercialización temporal de productos a causa de la estacionalidad, sino que la faculta a efectuar una evaluación pertinente para deliberar su procedencia, de ser el caso;



Que, de la revisión a los actuados se verifica que, ante la presentación de la solicitud de autorización para la comercialización del producto manzana corriente para agua por parte de la empresa comercializadora, la Gerencia de Promoción, Proyectos y Desarrollo, a través de la Subgerencia de Promoción efectuó la evaluación técnica correspondiente, mediante Informe N° 186-2020-EMMSA-SGPROM, de fecha 16 de octubre de 2020. Asimismo, mediante Informe N° 242-2020-EMMSA-SGPROM, de fecha 6 de noviembre de 2020, se reiteran los argumentos esgrimidos en el Informe N° 186-2020-EMMSA-SGPROM, en atención al recurso de reconsideración formulado por la empresa comercializadora;



Que, en mérito a ello, el argumento expuesto por la empresa comercializadora, respecto a que es obligación de EMMSA autorizar la comercialización un determinado producto con ocasión de la estacionalidad, por el hecho que dicha autorización ha sido otorgada con anterioridad, carece de sustento puesto que el otorgamiento de dicha autorización se encuentra sujeta a una evaluación técnica previa que determina su procedencia. En el presente caso, se ha demostrado que la Gerencia de Promoción, Proyectos y Desarrollo ha emitido pronunciamiento técnico que sustenta la denegatoria de la solicitud;

Que, en lo concerniente a la falta de valoración de pruebas en el recurso de reconsideración, se debe tomar en cuenta que la empresa comercializadora interpuso el mencionado recurso contra la decisión contenida en la Carta N° 337-GPPD-EMMSA-2020, emitida por la Gerencia de Promoción, Proyectos y Desarrollo, ofreciendo como nueva prueba lo siguiente:

5. En mérito del Informe Legal que deberá emitir el área legal de EMMSA sobre la CLÁUSULA VIGÉSIMA del Contrato de Concesión N° 243-EMMSA-2018 sobre la procedencia de la petición de la recurrente conforme a la CLÁUSULA DE TEMPORALIDAD antes enunciada, teniendo en cuenta los antecedentes que se han ofrecido como medios probatorios en la autorización previa para la comercialización del producto manzana corriente para agua.

Que, de la revisión a los actuados, se observa que el mencionado recurso fue resuelto mediante Carta N° 402-GPPD-EMMSA-2020, emitida por la Gerencia de Promoción, Proyectos y Desarrollo; sin embargo, la empresa comercializadora alega que dicho documento omite pronunciarse respecto a la nueva prueba ofrecida, circunstancia que viciaría de nulidad dicho acto administrativo;

Que, la nueva prueba ofrecida por la empresa comercializadora radica en la emisión de un informe por parte de la Gerencia de Asesoría Jurídica de EMMSA acerca de la interpretación de la Cláusula Vigésima del Contrato de Concesión N° 243-EMMSA-2018;

Que, el artículo 175 del TUO de la Ley prescribe lo siguiente:

Artículo 175.- Omisión de actuación probatoria

Las entidades podrán prescindir de actuación de pruebas cuando decidan exclusivamente en base a los hechos planteados por las partes, si los tienen por ciertos y congruentes para su resolución.

Que, la norma acotada faculta a la entidad a prescindir de la actuación probatoria en la medida que se tiene certeza acerca de los hechos planteados y son congruentes para su resolución. Del caso en concreto, se evidencia que la Gerencia de Promoción, Proyectos y Desarrollo no tiene dudas acerca de la interpretación de la Cláusula Vigésima del Contrato de Concesión N° 243-EMMSA-2018, puesto que de los argumentos esgrimidos en la Carta N° 402-GPPD-EMMSA-2020, se expone entre otros aspectos, lo siguiente:

Que, en relación a ello, es menester precisar que, conforme se verifica de la citada cláusula vigésima 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, como se puede apreciar, la Gerencia de Promoción, Proyectos y Desarrollo tiene una interpretación clara e inequívoca de la Cláusula Vigésima del mencionado contrato, por lo que no requiere de un informe adicional de orden legal que se pronuncie sobre dicho aspecto, máxime si de lo expuesto en el presente documento, se verifica que la Gerencia de Asesoría Jurídica de EMMSA se encuentra en la misma línea de lo señalado por dicho órgano;

Que, cabe señalar que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 20 del ROF vigente, las unidades orgánicas pueden solicitar opinión de la Gerencia de Asesoría Jurídica en la medida que exista alguna controversia o duda en la aplicación de determinada norma o cláusula contractual; situación que no se aprecia en el presente caso;

Que, por consiguiente, el argumento expuesto por la empresa comercializadora respecto a la falta de valoración del medio probatorio presentando en su recurso de reconsideración, carece de fundamento; por lo que no se ha materializado ningún vicio de nulidad al pronunciamiento de la Gerencia de Promoción, Proyectos y Desarrollo contemplado en la Carta N° 402-GPPD-EMMSA-2020;

Que, de conformidad con los fundamentos expuestos y contando con las visaciones de la Gerencia de Asesoría Jurídica y la Gerencia de Proyectos de Desarrollo e Infraestructura (antes Gerencia de Promoción, Proyectos y Desarrollo);

SE RESUELVE:

Artículo 1.- DECLARAR infundado el recurso de apelación interpuesto por la empresa INVERSIONES TICONA SAC, contra de la Carta N° 402-EMMSA-2020, por los fundamentos expuesto en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2.- DISPONER la notificación de la presente resolución a la empresa INVERSIONES TICONA SAC.

Artículo 3.- PONER en conocimiento de la Gerencia de Proyectos de Desarrollo e Infraestructura y la Gerencia de Operaciones para los fines de su competencia.

Regístrese, comuníquese y cúmplase



EMPRESA MUNICIPAL DE MERCADOS S.A.

JAIME ABEMIR GALLEGOS RONDON
GERENTE GENERAL