

RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL N° 70 -2021-EMMSA-GG

Santa Anita, 15 de abril de 2021

VISTOS

El documento signado con el Registro N° 0852-2021, de fecha 6 de abril de 2021, presentado por la empresa KALEB JA SAC y el Informe Legal N° 017-2021-EMMSA-GAJ, de fecha 13 de abril de 2021, emitido por la Gerencia de Asesoría Jurídica;



CONSIDERANDO:

Que, mediante Contrato de Concesión N° 068-EMMSA-2018, de fecha 31 de octubre de 2018, la Empresa Municipal de Mercados SA (en adelante, EMMSA) otorga a la empresa KALEB JA SAC (en adelante, la empresa comercializadora) el derecho de concesión del puesto de comercialización N° 053 del Pabellón B, del giro tomate;



Que, mediante escrito signado con el Registro N° 2921-2020, de fecha 25 de noviembre de 2020, la empresa comercializadora solicita a EMMSA, una adenda para la comercialización adicional de pimiento, fundamentando su pedido en que el pimiento y tomate son cultivos rotativos pertenecientes a la familia *solanaceae*;

Que, mediante Carta N° 446-GPPD-EMMSA-2020, notificada con fecha 15 de diciembre 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° 0065-2021, de fecha 11 de enero de 2021, la empresa comercializadora interpone recurso de apelación contra la decisión contenida en la Carta N° 446-GPPD-EMMSA-2020;

Que, mediante Resolución N° 034-GG-EMMSA-2021, de fecha 29 enero de 2021, se declara infundado el recurso de apelación interpuesto por la empresa comercializadora contra la Carta N° 446-GPPD-EMMSA-2020 por los argumentos expuestos en la parte considerativa de dicho acto administrativo;

Que, mediante Formato de Declaración Jurada de Silencio Administrativo Positivo signado con el Registro N° 0852-2021, de fecha 6 de abril de 2021, la empresa comercializadora hace valer su derecho acerca de la aprobación ficta de su apelación contra la Carta N° 446-GPPD-EMMSA-2020;

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.

Que, el numeral 197.1 del artículo 197 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, TUO de la Ley), regula el fin del procedimiento administrativo conforme a lo siguiente:

Artículo 197.- Fin del procedimiento

197.1 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 199.4 del artículo 199, 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. (El énfasis es nuestro).



Que, asimismo, el numeral 199.2 del artículo 199 del TUO de la Ley dispone lo siguiente:

Artículo 199.- Efectos del silencio administrativo

(...)
199.2 El silencio positivo tiene para todos los efectos el carácter de resolución que pone fin al procedimiento, sin perjuicio de la potestad de nulidad de oficio prevista en el artículo 213.



Que, sobre el particular, el numeral 213.1 del artículo 213 del TUO de la Ley prescribe lo siguiente:

Artículo 213.- Nulidad de oficio

213.1 En cualquiera de los casos enumerados en el artículo 10, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agraven el interés público o lesionen derechos fundamentales. (El énfasis es nuestro).

Que, conforme a lo previsto en el artículo 3 del TUO de la Ley, la validez de un acto administrativo se encuentra sujeta a lo siguiente:

Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos


Son requisitos de validez de los actos administrativos: i) la competencia; ii) el objeto o contenido (el cual debe ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente); iii) finalidad pública; iv) debida motivación; y, v) procedimiento regular (cumpliendo el procedimiento previsto para su generación). (La precisión es nuestra).

Que, de igual forma, el numeral 1 del artículo 10 del TUO de la Ley, señala como vicio del acto administrativo, entre otros, lo siguiente:

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, de la revisión a los actuados, se aprecia que la Gerencia de Promoción, Proyectos y Desarrollo a través de la Carta N° 446-GPPD-EMMSA-2020, notificada con fecha 15 de diciembre de 2020, señala que la solicitud planteada por la empresa comercializadora es improcedente porque vulnera el Reglamento Interno del GMML, aprobado por Acuerdo de Directorio N° 0009-2017 y modificado por Acuerdo de Directorio N° 019-2017 (en adelante, RIGMML), el cual constituye norma que regula el adecuado funcionamiento del GMML. En consecuencia, la Resolución Ficta recaída en el procedimiento administrativo de apelación incurre en causal de nulidad prevista en el numeral 1 del artículo 10 del TUO de la Ley, al transgredir el RIGMML;

Que, sin perjuicio de lo anterior, se debe tomar en cuenta lo establecido en el numeral 227.2 del TUO de la Ley:



Artículo 227.- Resolución

(...)

- 227.2 Constatada la existencia de una causal de nulidad, la autoridad, además de la declaración de nulidad, resolverá sobre el fondo del asunto, de contarse con los elementos suficientes para ello. Cuando no sea posible pronunciarse sobre el fondo del asunto, se dispondrá la reposición del procedimiento al momento en que el vicio se produjo.** (El énfasis es nuestro).

Que, tomando en consideración que, mencionado el recurso de apelación fue materia de análisis en segunda instancia, es decir por 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, se cuenta con los elementos suficientes para emitir un pronunciamiento sobre la materia de fondo, conforme al siguiente detalle:

Que, el recurso de apelación interpuesto por la empresa comercializadora se sustenta en los siguientes argumentos: a) el otorgamiento de autorizaciones para la ampliación o cambio de giro; b) la falta de pronunciamiento respecto a la Resolución de Gerencia General N° 019-2016-GG-EMMSA; c) la falta de valoración de pruebas ofrecidas en la solicitud de ampliación o cambio de giro; d) la falta de valoración a la Carta N° 034-2020-MINAGRI-DVDIAR/DGA-DIA; y) la falta de legalidad al Reglamento Interno del Mercado Mayorista; los cuales vician de nulidad el pronunciamiento formulado por la Gerencia de Promoción, Proyectos y Desarrollo, mediante Carta N° 446-GPPD-EMMSA-2020;

Que, en lo concerniente al otorgamiento de autorizaciones para la ampliación o cambio de giro, se debe partir de la premisa que el trámite de autorización promovido por la empresa comercializadora se desarrolla en el marco del Contrato de Concesión N° 068-EMMSA-2018, el cual otorga el derecho de concesión del puesto N° 053 del Pabellón B para la comercialización única y exclusiva del producto agrícola tomate, durante el plazo de vigencia del contrato;

Que, el numeral 5.5 de la Cláusula Quinta del referido Contrato de Concesión, es obligación de la empresa comercializadora, entre otros, lo siguiente:

CLÁUSULA QUINTA – OBLIGACIONES DE LA CONCESIONARIA

Sin perjuicio de otras obligaciones señaladas en el Reglamento Interno del GMLL, así como otras normas complementarias y en el presente contrato, LA CONCESIONARIA se compromete a cumplir con las siguientes obligaciones:

(...)

5.5 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 lo siguiente:

CLÁUSULA VIGÉSIMA – 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, de la revisión a las citadas cláusulas, resulta evidente que la empresa comercializadora se encuentra obligada a vender el producto específico por el cual ha sido adjudicado con el Contrato de Concesión. Sin embargo, ante determinadas circunstancias, como la estacionalidad del producto, puede solicitar a EMMSA una autorización para la venta temporal de un producto que supla su giro principal (trámite conocido como ampliación o cambio de giro);

Que, si bien es cierto que la empresa comercializadora, en su calidad de Concesionaria, puede solicitar la autorización para vender temporalmente un determinado producto con ocasión de la estacionalidad de su giro principal, 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 pimienta, la Gerencia de Promoción, Proyectos y Desarrollo, a través de la Subgerencia de Promoción efectuó la evaluación técnica correspondiente, mediante Informe N° 284-2020-EMMSA-SGPROM, de fecha 7 de diciembre de 2020;

Que, se aprecia que ha existido una evaluación previa por parte de EMMSA, que motiva la denegatoria de la solicitud formulada por la empresa comercializadora, en el marco del Contrato de Concesión N° 068-EMMSA-2018;

Que, la empresa comercializadora señala en su solicitud que EMMSA ha venido otorgando, con anterioridad, autorizaciones para la ampliación o cambio de giro; motivo por el cual, ante dicha situación resultaría predecible que la entidad atendiera su requerimiento;

Que, mediante Informe N° 0019-2021-EMMSA-SGPM, la Subgerencia de Promoción de Mercados de la Gerencia de Operaciones manifiesta que, en los últimos años (2019 – 2020), de un promedio de doscientas cincuenta y cinco (255) solicitudes de ampliación o cambio de giro, solo se han autorizado trece (13) casos, los cuales representan tan solo el 5.1% del total de solicitudes. Entonces, resulta evidente que EMMSA no ha estado otorgando autorizaciones de forma automática y masiva sino todo lo contrario;

Que, 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 a otros comerciantes, carece de sustento dado que su otorgamiento 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 pronunciamiento respecto a la Resolución de Gerencia General N° 019-2016-GG-EMMSA, se debe tomar en cuenta que dicha norma tiene por objeto conformar el Comité de Reordenamiento General de Giros en el GMML; así como el Comité de Adjudicación de Puestos encargado dirigir los procesos de Subastas Públicas para la concesión de establecimientos en el GMML, a efectos que se puedan distribuir los espacios bajo el criterio de agrupación por productos y su ubicación, los cuales están relacionados a los volúmenes de comercialización, el tamaño de los productos, el espacio necesario, la higiene y el tipo de manipulación que necesita el producto;

Que, mediante Informe N° 284-2020-EMMSA-SGPPROM, la Subgerencia de Promoción, sustenta la denegatoria de la solicitud manifestando, entre otros aspecto, lo siguiente:

*3.4 Respecto a la solicitud de adenda a contrato de concesionario para la comercialización adicional de pimiento, el recurrente es comerciante mayorista del giro tomate, el cual es una especie de planta herbácea del género **Solanum**, en tanto el pimiento pertenece al género **Capsicum** de plantas angiospermas, estando su almacenamiento, distribución, comercialización y expendio autorizado a otros comerciantes mayoristas comprendidos en el giro pimiento, razón por la cual no se puede dar autorización para la venta de pimiento, porque de hacerlo se estaría autorizando una competencia desleal frente a los comerciantes autorizados en el giro pimiento; en aras del empoderamiento de los giros (...). (Sic)*

Que, en tal sentido, se aprecia que el pronunciamiento técnico emitido por la Subgerencia de Promoción se encuentra alineado a la finalidad de la Resolución de Gerencia General N° 019-2016-GG-EMMSA, toda vez que busca mantener un ordenamiento adecuado al interior del GMML, evitando que se generen situaciones controversiales en la ventas de productos en comerciantes de otros giros. Por tanto, no se advierte que exista una vulneración al mencionado dispositivo normativo; en consecuencia, lo alegado por la empresa comercializadora carece de fundamento;

Que, en lo concerniente a la falta de valoración de pruebas ofrecidas en la solicitud de ampliación o cambio de giro, la empresa comercializadora ofrece como medios probatorios los siguientes:

ADJUNTO INSTRUMENTALES

Adjunto los siguientes instrumentales, a fin de ilustrar a vuestro Despacho la viabilidad de lo solicitado:

1. Copia de Escrito con Registro N° 6425-2018 presentado por el señor Tulio Javier Noriega Quispe, solicitando ampliación de giro.
2. Copia de Informe N° 112-SGP-GPPD/EMMSA-2018 de fecha 28.12.2018, opinando favorablemente la ampliación de giro.
3. Copia de Informe N° 085-GPPD-EMMSA-2018 de fecha 28.12.2018, opinando favorablemente la ampliación de giro.
4. Copia de la ADENDA AL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO N° 120-GAL-EMMSA-2018 CONTRATO DE ARRENDAMIENTO N° 120-GAL-EMMSA-2018 EN EL GRAN MERCADO MAYORISTA DE LIMA.
5. CARTA N° 034-2020-MINAGRI-DVDIAR/DGA-DIA, conteniendo el Cuadro N° - Comparativo de Pimiento y Tomate.



Que, de la revisión a los actuados, se observa que la solicitud fue atendida mediante Carta N° 446-GPPD-EMMSA-2020, emitida por la Gerencia de Promoción, Proyectos y Desarrollo; sin embargo, la empresa comercializadora alega que EMMSA no se pronuncia sobre su petición en razón de la validez y veracidad de los argumentos y medios de prueba;



Que, las pruebas ofrecidas por la empresa comercializadora en los numerales 1 al 4 del apartado **ADJUNTO INSTRUMENTALES** versan sobre documentos relacionados con la autorización otorgada a un comerciante del giro ajos en el año 2018;

Que, de la revisión a dichos documentos, se observa que existió una solicitud de ampliación de giro, en mérito a un contrato de arrendamiento que fue materia de evaluación técnica por el área competente, cuyas condiciones particulares por el tipo de producto (ajo) y su estacionalidad, sirvieron de fundamento para la procedencia de la autorización. Sin embargo, dicha situación no resulta ser similar en el presente caso;

Que, el pronunciamiento técnico emitido por la Subgerencia de Promoción, respecto a la solicitud presentada por la empresa comercializadora, expone elementos relacionados con el producto tomate, analizando su estacionalidad, a fin de determinar si existe desabastecimiento, lo cual permitiría concluir que existen las condiciones para proceder con la autorización requerida. Empero, dicha solicitud fue denegada debido a que no se cumple con los presupuestos técnicos detallados en la Carta N° 446-GPPD-EMMSA-2020;

Que, en adición a ello, no se puede inferir que ante el otorgamiento de autorizaciones para la comercialización temporal de otro producto (como es el caso del ajo), todas las solicitudes que versan sobre el mismo asunto (ampliación o cambio de giro) tendrán el mismo resultado; mucho menos se puede afirmar que se incurre en un acto discriminatorio, cuando las condiciones para la procedencia de solicitudes radica en aspectos técnicos que pueden diferir en cada caso concreto, y los cuales serán materia de evaluación por parte del área competente;

Que, por consiguiente, el argumento acerca de que EMMSA no ha procedido a valorar los medios probatorios presentados por la empresa comercializadora carece de asidero;

Que, en lo concerniente a la falta de valoración a la Carta N° 034-2020-MINAGRI-DVDIAR/DGA-DIA, la empresa comercializadora manifiesta que la Gerencia de Promoción, Proyectos y Desarrollo ha omitido pronunciarse sobre su contenido, más aún cuando hace referencia a aspectos técnicos relacionados con la familia del tomate y pimiento, argumento que sería importante para el otorgamiento de la autorización requerida;

Que, el artículo 175 del TUO de la Ley, el cual 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, a través de la Subgerencia de Promoción, no tiene dudas acerca de las características técnicas de los productos tomate y pimiento, puesto que de los argumentos esgrimidos en el Informe N° 284-2020-EMMSA-SGPROM, se expone entre otros aspectos, lo siguiente:

3.4 Respecto a la solicitud de adenda a contrato de concesionario para la comercialización adicional de pimiento, el recurrente es comerciante mayorista del giro tomate, el cual es una especie de planta herbácea del género Solanum, en tanto el pimiento pertenece al género Capsicum de plantas angiospermas, estando su almacenamiento, distribución, comercialización y expendio autorizado a otros comerciantes mayoristas comprendidos en el giro pimiento, razón por la cual no se puede dar autorización para la venta de pimiento (...).

Que, como se puede apreciar, la Gerencia de Promoción, Proyectos y Desarrollo tiene una posición técnica clara respecto de las características que diferencian los productos tomate y pimiento, por lo que no requiere de un análisis mayor acerca del Cuadro Comparativo provisto por MIDAGRI, máxime si de lo expuesto en dicho documento, no se desprenden elementos adicionales que revistan un mayor análisis;

Que, por consiguiente, el argumento expuesto por la empresa comercializadora respecto a la falta de valoración del medio probatorio presentando en su solicitud, 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° 446-GPPD-EMMSA-2020;

Que, en lo concerniente a la observación al Reglamento Interno del Mercado Mayorista, la empresa comercializadora afirma que dicho documento normativo, así como sus procedimientos no cuentan con el sustento normativo correspondiente;

Que, sobre este punto, resulta importante resaltar 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, en adición a ello, mediante Ordenanza N° 2026, la Municipalidad Metropolitana de Lima ratifica y unifica las facultades de EMMSA, estableciéndose que tiene competencia, entre otros, para aprobar regímenes internos de administración, haciendo referencia al reglamento interno de funcionamiento de los mercados que administre;

Que, en tal sentido, nos encontramos frente a una entidad de naturaleza privada que se administra bajo sus propias normas y se encuentra facultada para reglamentar de forma interna la operatividad de los mercados que administra. Por tanto, el RIMM, aprobado por Acuerdo de Directorio N° 009-2017 y modificado por Acuerdo de Directorio N° 019-2017 es legalmente válido, pues ha sido emitido conforme a lo dispuesto por la precitada Ordenanza; por lo que, sus procedimientos no requieren de ratificación o aprobación a través de otro instrumento de orden legal. En consecuencia, el argumento vertido por la empresa comercializadora carece de asidero legal;

Que, de conformidad con los fundamentos expuestos y contando con el visto de la Gerencia de Asesoría Jurídica;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- DECLARAR la nulidad de la Resolución Ficta que recae sobre el Silencio Administrativo Positivo solicitado por la empresa KALEB JA SAC, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2.- EMITIR pronunciamiento sobre el fondo de la materia declarando **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por la empresa KALEB JA SAC, contra de la Carta N° 446-GPPD-EMMSA-2020, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 3.- DISPONER que la Gerencia de Operaciones notifique la presente resolución a la empresa KALEB JA SAC, bajo responsabilidad.

Artículo 4.- DISPONER que la Subgerencia de Recursos Humanos inicie las acciones conducentes para el deslinde de responsabilidades por la falta de notificación de la Resolución de Gerencia General N° 034-GG-EMMSA-2021, de fecha 29 de enero de 2021.

Artículo 5.- DISPONER la publicación de la presente resolución en el portal de transparencia de EMMSA.

Regístrese, comuníquese y cúmplase

EMPRESA MUNICIPAL DE MERCADOS S.A.


JAIME ADHEMIR GALLEGOS RONDÓN
GERENTE GENERAL