



MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN SEBASTIÁN

GESTIÓN 2023 - 2026



0751

RESOLUCION DE GERENCIA MUNICIPAL N° 022-2023-GM-MDSS

San Sebastián, 19 de abril de 2023.

EL GERENTE MUNICIPAL DE LA MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN SEBASTIAN

VISTOS:

El Informe N° 092-2023-PPQ-GDE-MDSS de fecha 16 de marzo de 2022 del Gerente de Desarrollo Económico; Opinión Legal N° 149-2023-GAL-MDSS/C/RBM de fecha 17 de marzo de 2023 del Gerente de Asuntos Legales; Exp. N° CU 9978 de fecha 28 de marzo de 2023; Opinión Legal N° 191-2023-GAL-MDSS/C/RBM de fecha 14 de abril de 2023 del Gerente de Asuntos Legales; y

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con lo establecido por el Art. 194° de la Constitución Política del Perú, modificada por Leyes de Reforma Constitucional N° 27680, N° 28607 y N° 30305 y el artículo II del Título Preliminar de la Ley N° 27972 – Ley Orgánica de Municipalidades, los gobiernos locales gozan de autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. La autonomía que la Constitución Política del Perú establece para las municipalidades, radica en la facultad de ejercer actos de gobierno, administrativos y de administración, con sujeción al ordenamiento jurídico;

Que, conforme lo establece el Art. IV, del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, en adelante TUO de la Ley N° 27444, los procedimientos administrativos se sustentan en principios: como el de Legalidad, debido procedimiento y de Verdad Material. En ese sentido las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la Ley y el Derecho; otorgando a los administrados la posibilidad de que expongan sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho; debiendo en el procedimiento, verificar plenamente los hechos que sirven de motivo para sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias autorizadas por Ley;

ANTECEDENTES

Que, en fecha 27 de enero de 2023, el administrado Johan Vargas Alegría, mediante expediente N°2328-2023 solicita acogerse a silencio administrativo positivo, por cuanto según manifiesta solicitó mediante registro N° CU 021262, de fecha 14/07/2022 su licencia de funcionamiento, sin que la Municipalidad a la fecha haya emitido pronunciamiento alguno, habiéndose generado la Resolución Ficta por Silencio Administrativo Positivo de aprobación automática de licencia de funcionamiento, solicitada por el administrado Johan Vargas Alegría, para el establecimiento comercial denominado "EMOLIENTERIA LONGE EL CONGRESO";

Que, mediante Informe N.° 092-2023PPQ-GDE-MDSS, de fecha 16 de marzo de 2023, el Gerente de Desarrollo Económico señala que corresponde que, en vía de fiscalización posterior, se declare de oficio la nulidad de la resolución ficta de aprobación automática de la solicitud de licencia de funcionamiento presentada por el administrado JOHAN VARGAS ALEGRIA, mediante expediente CU 21262 de fecha 14 de Julio del 2022 referida al establecimiento denominado EMOLIENTERIA LONNGE "EL CONGRESO", ubicado en Avenida de la Cultura No. 2119 del Distrito de San Sebastián";

Que, mediante Cedula de Notificación N° 442-2023-CN-GSCFN-MDSS, de fecha 20 de marzo de 2023, se notifica al administrado Johan Vargas Alegría, la Carta N° 012-GM/MDSS-2023, mediante la cual se da inicio al procedimiento de nulidad de la resolución ficta de silencio administrativo positivo, y se le corre traslado otorgándole el plazo de 05 días hábiles a fin de que proceda a presentar la absolución, argumentos, elementos probatorios y demás que considere pertinente en resguardo de su derecho de defensa;

"San Sebastián, cuna de Ayllus y Panakas Reales"



MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN SEBASTIÁN

GESTIÓN 2023 - 2026



ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Que, mediante **Informe N.º 092-2023PPQ-GDE-MDSS**, de fecha 16 de marzo de 2023, el Gerente de Desarrollo Económico señala: "De acuerdo al TUPA de la MDSS aprobado por la Ordenanza No. 11-2021-MDSS (publicada en el Diario Oficial El Peruano el 17 de Julio del 2021), en el procedimiento 106 LICENCIA DE FUNCIONAMIENTO PARA EDIFICACIONES CALIFICADAS CON NIVEL DE RIESGO MEDIO (ITSA posterior), se ha calificado como procedimiento de (1) Aprobación automática y (2) sujeto a evaluación previa con silencio negativo, siendo el plazo de pronunciamiento de hasta 4 días. 2. La solicitud de licencia de funcionamiento (Riesgo Medio) presentada por el administrado Johan Vargas Alegría, ha incurrido en la causal de nulidad de la resolución ficta aprobatoria por haber sido presentada incompleta y carente del requisito exigido por el Artículo 7 de la Ley 28976, (habiéndose verificado además que inexactitud entre la declaración jurada de licencia de funcionamiento y la información contenida en el registro SUNAT correspondiente al RUC del administrado). Corresponde que, en vía de fiscalización posterior, se declare de oficio la nulidad de la resolución ficta de aprobación automática de la solicitud de licencia de funcionamiento presentada por el administrado JOHAN VARGAS ALEGRIA, mediante expediente CU 21262 de fecha 14 de Julio del 2022 referida al establecimiento denominado EMOLIENTERIA LONNGE "EL CONGRESO", ubicado en Avenida de la Cultura No. 2119 del Distrito de San Sebastián. De conformidad con el Artículo 213.2 del TUO de la Ley 27444, corresponde a la Gerencia Municipal, emitir la resolución declarando de oficio la nulidad de la resolución ficta de aprobación automática de la solicitud de licencia de funcionamiento presentada por el administrado JOHAN VARGAS ALEGRIA, mediante expediente CU 21262. 5. Previamente la Gerencia Municipal, deberá cursar comunicación escrita al administrado, haciéndole conocer la causal de nulidad, a fin que haga valer su derecho a la defensa mediante la presentación del descargo correspondiente, otorgándole el plazo de cinco (5) días hábiles para el efecto. 5. No cabe el deslinde de responsabilidades por presuntamente haber dado lugar al silencio positivo, en tanto el procedimiento no está sujeto a dicha calificación sino al de aprobación automática, conforme al TUPA procedimiento No 106." (Subrayado agregado)

Que, mediante **Opinión Legal N.º 149-2023-GAL-MDSS/C/RBM**, de fecha 17 de marzo de 2023, el Gerente de Asuntos Legales concluye: "Declarar PROCEDENTE el Inicio de Oficio de declaratoria de Nulidad de Oficio de la Resolución Ficta que aprueba la LICENCIA DE FUNCIONAMIENTO PARA EDIFICACIONES CALIFICADAS CON NIVEL DE RIESGO MEDIO (ITSE posterior); por cuanto dicho acto administrativo contiene el causal de vicio de nulidad previstos en el numeral 1) del artículo 10, del TUO de la Ley N°27444- Ley del Procedimiento Administrativo General, ello en la aplicación a las facultades conferidas por el artículo 11 y 213 del TUO de la Ley N°27444; y en merito a los fundamentos fácticos y jurídicos expuestos en dicho Informe Legal;

Que, mediante **Cedula de Notificación N° 442-2023-CN-GSCFN-MDSS**, de fecha 20 de marzo de 2023, se notifica al administrado Johan Vargas Alegría, la Carta N° 012-GM/MDSS-2023, mediante la cual se da inicio al procedimiento de nulidad de la resolución ficta de silencio administrativo positivo, y se le corre traslado otorgándole el plazo de 05 días hábiles a fin de que proceda a presentar la absolución, argumentos, elementos probatorios y demás que considere pertinente en resguardo de su derecho de defensa;

Que, mediante escrito ingresado por mesa de partes en fecha 28 de marzo de 2023, con expediente N° CU9978, el administrado Johan Vargas Alegría, presenta alegatos de defensa en vía de descargo, en el cual no desvirtúa los incumplimientos y observaciones al trámite detallados en el numeral 2.8 de la Opinión Legal N.º 149-2023-GAL-MDSS/C/RBM, de fecha 17 de marzo de 2023, respecto al cumplimiento cabal de requisitos exigidos por el TUPA;

Que, respecto de los efectos del silencio administrativo positivo el numeral 199.1 del artículo 199° del TUO de la Ley N.º 27444, señala: "Los procedimientos administrativos sujetos a silencio administrativo positivo quedarán automáticamente aprobados en los términos en que fueron solicitados si transcurrido el plazo establecido o máximo, al que se adicionará el plazo máximo

"San Sebastián, cuna de Ayllus y Panakas Reales"



MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN SEBASTIÁN

GESTIÓN 2023 - 2026



señalado en el numeral 24.1 del artículo 24 de la presente Ley, la entidad no hubiere notificado el pronunciamiento respectivo. La declaración jurada a la que se refiere el artículo 36 no resulta necesaria para ejercer el derecho resultante del silencio administrativo positivo ante la misma entidad". Asimismo, el numeral 199.2 señala "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, la nulidad de un acto administrativo puede ser declarada o como consecuencia de la interposición de un recurso impugnatorio o de oficio, cuando es la propia autoridad la que ante la necesidad de satisfacer el interés general respetando el principio de juridicidad observa su propia actividad e identifica un vicio que es tan grave que no cabe otra opción más que eliminar al acto emitido y extirparla del ordenamiento jurídico; este supuesto es regulado en el artículo 213.1 del TUO de la Ley N° 27444, que establece: "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. 213.2 La nulidad de oficio solo puede ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se invalida Si se tratara de un acto emitido por una autoridad que no está sometido a subordinación jerárquica, la nulidad es declarada por resolución del mismo funcionario. 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. Cuando no sea posible pronunciarse sobre el fondo del asunto, se dispone la reposición del procedimiento al momento en que el vicio se produjo";

Que, respecto de la nulidad de los actos administrativos, el artículo 10° del TUO de la Ley N° 27444, establece las causales de nulidad del acto administrativo y los denomina como vicios que causan su nulidad de pleno derecho y son:

1. **La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.**
2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.
3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición.
4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma. (Negrita agregado)

Que el numeral 11.1 y 11.2 del Artículo 11° del TUO de la Ley N.° 27444, prescribe: "Artículo 11.- Instancia competente para declarar la Nulidad. - 11.1 Los administrados plantean la nulidad de los actos administrativos que les conciernan por medio de los recursos administrativos previstos en el Título III Capítulo II de la presente Ley. 11.2 La nulidad de oficio será conocido y declarada por la autoridad superior de quien dictó el acto. Si se tratara de un acto dictado por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad se declarará por resolución de la misma autoridad. La nulidad planteada por medio de un recurso de reconsideración o de apelación será conocida y declarada por la autoridad competente para resolverlo";

Que, asimismo el numeral 11.3 del artículo 11° del TUO de la Ley N.° 27444, prescribe que la resolución que declara la nulidad dispone, además lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad del emisor del acto inválido;

Que, ante la constatada invalidez del acto administrativo surge como directa consecuencia la nulidad, entendida como el castigo jurídico para los actos incurridos en alguna causal que priva de sus efectos jurídicos que el acto estaba llamado a producir, por ende, no habrá nulidad si el vicio no es constatado y declarado. En ese contexto, son elementos de validez de un acto administrativo: la competencia, objetivo o contenido, finalidad pública, motivación y procedimiento regular. Por tanto, el vicio en la regularidad del procedimiento exigido radica en la necesidad de

"San Sebastián, cuna de Ayllus y Panakas Reales"



MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN SEBASTIÁN

GESTIÓN 2023 - 2026



identificar cuando nos encontramos frente a la carencia de una "norma esencial del procedimiento y distinguirla de la prescindencia de normas no esenciales del procedimiento, que a contrario sensu no conducirá a la sanción de nulidad, señala Morón Urbina que existe tal vicio cuando, un acto administrativo es emitido a través de un procedimiento distinto al legalmente establecido aunque coincida parcialmente con este cuando se omita un trámite obligado por alguna disposición legal o derivados del debido proceso (por ejemplo, carecer de algún dictamen preceptivo antes de la decisión, de las formas de votación calificada en los órganos colegiados, o privar del derecho al debido proceso); y, cuando se dicte alguna resolución faltando totalmente al procedimiento del cual debiera derivarse. Obviamente este caso es el más grave, porque no se trata de haberse afectado algún trámite previsto en la ley, sino de la falta absoluta del procedimiento administrativo imperativo para generar el acto, de tal manera que la autoridad expide una decisión desprovista totalmente de juridicidad;

Que, en ese sentido, **no se puede amparar que por la inacción de la administración pública se otorgue y valide el otorgamiento de una licencia que no cumple los requisitos establecidos por el TUPA**, que la acción y capacidad de la entidad se encuentre regulado 33.2 del artículo 33 del TUO de la Ley N.º 27444, que señala: "[...] 33.2 En este procedimiento, las entidades no emiten ningún pronunciamiento expreso confirmatorio de la aprobación automática, **debiendo sólo realizar la fiscalización posterior. Sin embargo, cuando en los procedimientos de aprobación automática se requiera necesariamente de la expedición de un documento sin el cual el usuario no puede hacer efectivo su derecho, el plazo máximo para su expedición es de cinco días hábiles**, sin perjuicio de aquellos plazos mayores fijados por leyes especiales anteriores a la vigencia de la presente Ley. [...]";

Que, el administrado a sabiendas y con pleno conocimiento de que los requisitos no han sido cumplidos a cabalidad, sorprende a la entidad, utilizando un mecanismo de silencio administrativo positivo, el cual si bien por la naturaleza del trámite solicitado corresponde a uno de aprobación automática según el TUPA, **la entidad tiene la facultad de iniciar las acciones de fiscalización para evitar el incumplimiento de las normas, es así que habiendo hecho el control posterior, se identifica incumplimiento en los requisitos para el trámite**, lo cual debió ser advertido por la instancia correspondiente dentro de sus plazos, el mismo que ameritará las indagaciones respectivas para identificar a los servidores y funcionarios responsables en la tramitación del presente expediente administrativo, mediante un procedimientos administrativo disciplinario;

Que, por otro lado, para que un acto administrativo se considere "perfecto" debe reunir dos condiciones: "Validez" y "Eficacia". La validez es el acto que ha nacido de acuerdo al ordenamiento jurídico vigente. Eficaz es el acto que, siendo válido, reúne los requisitos para ser cumplido, para ser puesto en práctica. De este modo que la "eficacia" del acto sólo se vincula a su ejecutoriedad, a su fuerza ejecutoria; en ese sentido, al existir incumplimiento en los requisitos exigidos para el otorgamiento de la Licencia el acto administrativo ha nacido ilegítimo;

Que, respecto a la identificación de fraude en el presente procedimiento, se tiene que si bien es cierto el trámite es de aprobación automática resulta irrazonable que el administrado obtenga beneficio por incumplimiento de los requisitos para la respectiva licencia, y que valiéndose de una argucia legal, presente un silencio administrativo a un trámite defectuoso y que si bien existe responsabilidad en su tramitación por parte de los servidores y funcionarios, estos se ventilaran en un procedimiento disciplinario, como consecuencia de la presente nulidad;

Que, mediante **Opinión Legal N° 191-2023-GAL-MDSS/C/RBM** de fecha 14 de abril de 2023, el Gerente de Asuntos Legales OPINA que, se DECLARE, la Nulidad de Oficio de la Resolución Ficta que aprueba la LICENCIA DE FUNCIONAMIENTO presentada por el administrado Johan Vargas Alegría respecto al establecimiento denominado "EMOLIENTERIA LONNGE EL CONGRESO", ubicado en Avenida de la Cultura No. 2119 del Distrito de San Sebastián, por no haber cumplido con los requisitos establecidos en la Ley N° 28976, lo cual se adecua a la causal de nulidad contemplada en el inciso 1 del artículo 10° del TUO de la Ley N° 27444, "1. La

"San Sebastián, cuna de Ayllus y Panakas Reales"



MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN SEBASTIÁN

GESTIÓN 2023 - 2026



contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.” y por no cumplir con los requisitos establecidos en el TUPA, conforme lo expuesto en la Opinión Legal N° 149-2023-GAL-MDSS/C/RBM, de fecha 17 de marzo de 2023, que forma parte del presente. Asimismo, opina que se DECLARE, la improcedencia del trámite de Licencia de Funcionamiento presentado por el administrado Johan Vargas Alegría, respecto al establecimiento denominado EMOLIENTERIA LONNGE "EL CONGRESO", ubicado en Avenida de la Cultura No. 2119 del Distrito de San Sebastián, por haber incumplido con los requisitos establecidos en la Ley N.º 28976. IMPONER una multa de 5 Unidades Impositivas Tributarias conforme lo señala el artículo 34.3 del TUO de la Ley N.º 27444, por los fundamentos puestos a conocimiento del administrado mediante Opinión Legal N.º 149-2023-GAL-MDSS/C/RBM. ENCARGAR, a la Gerencia de Desarrollo Económico de la Municipalidad distrital de San Sebastián, realizar las acciones correspondientes para hacer efectivo el pago de la multa impuesta, en coordinación con las demás dependencias involucradas y REMITIR, copias a la Secretaría Técnica de Procedimientos Disciplinarios de la MDSS, para fines de realizar el deslinde de responsabilidad, en la tramitación del presente expediente que originaron la nulidad de oficio del mismo;

Que, por las consideraciones expuestas y de conformidad a la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades y TUO de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General;

SE RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO. – DECLARAR la Nulidad de Oficio de la Resolución Ficta que aprueba la LICENCIA DE FUNCIONAMIENTO presentada por el administrado JOHAN VARGAS ALEGRÍA respecto al establecimiento denominado "EMOLIENTERIA LONNGE EL CONGRESO", ubicado en la Avenida de la Cultura No. 2119 del Distrito de San Sebastián, provincia y departamento del Cusco, por no haber cumplido con los requisitos establecidos en el TUO de la Ley N° 28976, Ley Marco de Licencia de Funcionamiento y con los requisitos establecidos en el TUPA de la Entidad, lo cual se adecua a la causal de nulidad contemplada en el inciso 1 "La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias." del artículo 10° del TUO de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, conforme lo expuesto en la Opinión Legal N° 149-2023-GAL-MDSS/C/RBM, de fecha 17 de marzo de 2023, que forma parte de la presente.

ARTICULO SEGUNDO. – DECLARAR, la improcedencia del trámite de Licencia de Funcionamiento presentado por el administrado JOHAN VARGAS ALEGRÍA, respecto al establecimiento denominado "EMOLIENTERIA LONNGE EL CONGRESO", ubicado en la Avenida de la Cultura No. 2119 del Distrito de San Sebastián, provincia y departamento del Cusco, por haber incumplido con los requisitos establecidos en el TUO de la Ley N° 28976, Ley Marco de Licencia de Funcionamiento y en el TUPA de la Entidad.

ARTICULO TERCERO. - IMPONER una multa de 5 Unidades Impositivas Tributarias conforme lo señala el artículo 34.3 del TUO de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, por los fundamentos puestos a conocimiento del administrado mediante Opinión Legal N.º 149-2023-GAL-MDSS/C/RBM.

ARTICULO CUARTO. – ENCARGAR, a la Gerencia de Desarrollo Económico de la Municipalidad Distrital de San Sebastián, realizar las acciones correspondientes para hacer efectivo el pago de la multa impuesta, en coordinación con las demás dependencias involucradas.

ARTICULO QUINTO. - DISPONER el deslinde de responsabilidades administrativas a que hubiese lugar de conformidad con lo dispuesto por el numeral 11.3 del artículo 11° del TUO de la Ley N° 27444, para dicho efecto se debe **REMITIR** los actuados a la Gerencia de Recursos Humanos para que mediante el Secretario Técnico de la Comisión de Procedimientos Administrativos Disciplinarios se realice las investigaciones administrativas correspondientes, **DISPONIENDO** a dicha Gerencia proceda a realizar la remisión de la copia de los actuados.

ARTICULO SEXTO. – DEVOLVER el presente expediente administrativo en 69 folios, a la Gerencia de Desarrollo Económico de la Municipalidad Distrital de San Sebastián.

“San Sebastián, cuna de Ayllus y Panakas Reales”



MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN SEBASTIÁN

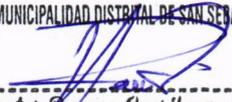
GESTIÓN 2023 - 2026



ARTICULO SETIMO. - NOTIFICAR la presente Resolución al administrado JOHAN VARGAS ALEGRIA, en su domicilio real y procesal ubicado en la Oficina N° 301, Tercer Piso (Edificio CREDINKA), Avenida Sol del Cercado de Cusco, de acuerdo a las formalidades y plazos establecidos en el TUO de la Ley N° 27444, encomendando dicha labor a la Gerencia de Seguridad Ciudadana, Fiscalización y Notificaciones de la Entidad.

ARTICULO OCTAVO. – ENCARGAR a la Oficina de Tecnología y Sistemas Informáticos, la publicación de la presente Resolución en el Portal Institucional www.munisansebastian.gob.pe, de la Municipalidad Distrital de San Sebastián – Cusco.

REGISTRESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN SEBASTIAN


Arq. Hector Ramos Ccorihuaman
GERENTE MUNICIPAL



San Sebastián
Comprometidos contigo

“San Sebastián, cuna de Ayllus y Panakas Reales”