



MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE LINCE

RESOLUCIÓN DE GERENCIA N° 188-2011-MDL/GM
Expediente N° 002224-2011
Lince, 23 AGO 2011

EL GERENTE MUNICIPAL

VISTO: El Expediente N° 002224-2011 y el Recurso de Apelación interpuesto el señor Silvio Víctor Zurita Vivas, con domicilio en Av. Carlos Alayza y Roel N° 2352 – Distrito de Lince; y,

CONSIDERANDO:

Que, mediante escrito recepcionado con fecha 21 de julio del 2011, el señor Silvio Víctor Zurita Vivas, interpone Recurso de Apelación contra la Resolución Subgerencial N° 131-2011-MDL-GSC/SFCA de fecha 07 de julio del 2011, que declara improcedente el Recurso de Reconsideración;

Que, el administrado argumenta que la Subgerencia de Fiscalización y Control Administrativo está realizando un avocamiento indebido a través de la Resolución impugnada, al declararla improcedente por no haber adjuntado nueva prueba. Dicho argumento no es cierto y le causa agravio e indefensión, debido a que ha presentado como nueva prueba la denuncia penal (proceso de *habeas corpus*) denunciando a esta Corporación Edil en relación a su derecho a elegir su lugar de residencia y libre tránsito en su vivienda signada con Av. Carlos Alayza y Roel N° 2352 – Distrito de Lince, por lo que solicita se inhiba de realizar cualquier acción o decisión hasta que el Poder Judicial se pronuncie sobre el recurso presentado, según lo establecido en el inciso 2 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú;

Que, por último argumenta que mediante Carta Notarial ingresó su solicitud de licencia de funcionamiento, por la negativa indebida del municipio a recibirla, la que fue contestada mediante Carta N° 037-2011-MDL-GDU/SDEL de fecha 16 de mayo del 2011, la misma que no genera estado, por no ser un Acto Administrativo, por lo que solicita se declare nula la Resolución impugnada y se acceda a la inhibición de esta Corporación Edil hasta que el Poder Judicial se pronuncie de acuerdo a Ley;

Que, la Facultad de Contradicción de los actos administrativos, se encuentra regulada en la Ley del Procedimiento Administrativo General Artículo 206°.- inciso 206.1 que establece que: *"Conforme a lo señalado en el Artículo 108° de la Ley 27444, frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa mediante los recursos administrativos señalados en el artículo siguiente";*

Que, el Artículo 207° de la misma Ley, sobre los recursos administrativos, establece en su inciso 207.1 que los recursos administrativos son tres: Recurso de Reconsideración, Recurso de Apelación y Recurso de Revisión, estableciéndose en el inciso 207.2, el término para la interposición de los recursos, es de quince (15) días perentorios para la presentación del Recurso;

Que, el artículo 209° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, establece que 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, asimismo el artículo 211° de la referida norma señala que el escrito del recurso deberá señalar el acto de que se recurre y cumplirá los demás requisitos previstos en el artículo 113° de la Ley;





MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE LINCE

RESOLUCIÓN DE GERENCIA N° 188 -2011-MDL/GM

Expediente N° 002224-2011

Lince, 23 AGO 2011

Que, conforme se puede apreciar, la resolución impugnada fue notificada con fecha 08 de julio del 2011, y el Recurso de Apelación fue recepcionado por nuestra Corporación Edil con fecha 21 de julio del 2011; es decir dentro del plazo legal. Asimismo, conforme lo establece los artículos 113° y 209° de la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444, consideramos que el mencionado escrito califica como uno de apelación por lo que procederemos a su evaluación;

Que, en relación a los argumentos del recurrente debemos señalar que el supuesto de la cuestión judicial previa a la vía administrativa establecida en el artículo 64° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General es distinto al del avocamiento de causa pendiente en el Poder Judicial, establecido en el inciso 2 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, puesto que el artículo 64° de la Ley N° 27444 se refiere a aquellos casos en los cuales la autoridad administrativa se convence de que una situación contenciosa surgida en el procedimiento administrativo que instruye no permite su resolución, por lo cual debería suspenderse dicho procedimiento hasta que la autoridad judicial declare el derecho. En tal sentido, esta administración evaluará ambos supuestos, (avocación e inhibición) para determinar su procedencia al presente caso;

Que, el Tribunal Constitucional ha señalado en la Sentencia Tribunal Constitucional N° 1091-2002-HC, que "(...) *la figura del avocamiento supone, por su propia naturaleza, que se desplace al juez del juzgamiento de una determinada causa y, en su lugar, el proceso se resuelva por una autoridad distinta, cualquiera sea su clase (...)*". En tal sentido, el avocamiento supone el desplazamiento del juez que está conociendo de un determinado proceso, a fin de que éste sea resuelto por una autoridad distinta, cualquiera sea su clase. La prohibición de que dicho supuesto se presente es lo que garantiza el principio de independencia judicial;

Que, sobre el particular, habrá avocamiento indebido cuando exista con el inicio del procedimiento administrativo, un proceso judicial que verse sobre la misma materia. En el presente caso, se aprecia que se ha iniciado una denuncia penal (Proceso de Habeas Corpus) contra esta Corporación Edil en razón de que violentando su lugar de residencia, el libre tránsito de ingreso a ella, la paz, tranquilidad, al disfrute, de su tiempo libre y al descanso, a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de mi vida y a la inviolabilidad de su domicilio, siendo clausurado sin su consentimiento. Asimismo, se advierte que el administrado tiene un proceso sancionador administrativo con esta Corporación Edil por carecer de licencia municipal de funcionamiento (sanción pecuniaria 50% y no pecuniaria de clausura temporal);

Que, en consecuencia, siendo distinto el objeto del proceso penal, *proceso de habeas corpus*, no impide que el recurso impugnativo sea visto y resuelto sobre el fondo, determinándose si el administrado cometió la infracción signada, por lo que no existe un avocamiento indebido como alega el administrado. En ese sentido, este extremo del recurso debe ser desestimado;

Que, el artículo 64° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, establece que "64.1 *Cuando, durante la tramitación de un procedimiento, la autoridad administrativa adquiere conocimiento que se está tramitando en sede jurisdiccional una cuestión litigiosa entre dos administrados sobre determinadas relaciones de derecho privado que precisen ser esclarecidas previamente al pronunciamiento administrativo, solicitará al órgano jurisdiccional comunicación sobre las actuaciones realizadas. 64.2 Recibida la comunicación, y sólo si estima que existe estricta identidad de sujetos, hechos y fundamentos,*





MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE LINCE

RESOLUCIÓN DE GERENCIA N° 188-2011-MDL/GM
Expediente N° 002224-2011
Lince, 23 AGO 2011

la autoridad competente para la resolución del procedimiento podrá determinar su inhibición hasta que el órgano jurisdiccional resuelva el litigio (...);

Que, al respecto, la referida norma se refiere a casos en los cuales la autoridad administrativa se convenza que una situación contenciosa (litigiosa) surgida en el procedimiento sobre determinados relaciones de derecho privado que precisen esclarecerse previamente al pronunciamiento administrativo, corresponde inhibirse del conocimiento del proceso administrativo hasta que la autoridad judicial declare el derecho definitorio del litigio;

Que, en el presente caso, se aprecia que se ha iniciado una denuncia penal (Proceso de Habeas Corpus) contra esta Corporación Edil, resulta evidente que lo solicitado no guarda relación con el supuesto antes mencionado, (pre-administratividad de la vía judicial, es decir que haya surgido una cuestión contenciosa (litigiosa) que precise de un pronunciamiento previo, sin el cual no puede ser resuelto el procedimiento administrativo). Por tales consideraciones, corresponde declarar que no hay méritos suficientes para suspender el presente procedimiento administrativo. Por lo tanto, este extremo del recurso debe ser desestimado, por lo que se procederá a evaluar el fondo del tema en cuestión;

Que, cabe acotar que el principio de legitimidad es definido como la presunción de validez del acto administrativo mientras su posible nulidad no haya sido declarada por autoridad competente. Asimismo, el principio de ejecutividad es aquél que recoge la obligatoriedad, derecho a exigibilidad y deber de cumplimiento que el acto importa a partir de su notificación. En tal sentido, la ejecución de un acto administrativo no constituye un avocamiento indebido a causas pendientes en el Poder Judicial ni implique inhibirse conforme lo establecido en el artículo 64° de la Ley N° 27444, sino el ejercicio de la facultad de la Autoridad Administrativa de hacer efectivos sus pronunciamientos sin requerir la intervención judicial. En el presente caso, la Subgerencia de Fiscalización y Control Administrativo procedió conforme a sus funciones de fiscalización establecidas en el Régimen de Aplicación de Sanciones Administrativas – RASA, Ordenanza N° 264-MDL que modifica la Tabla de Infracciones y Sanciones Administrativas – TISA, aprobada por la Ordenanza N° 215-MDL;

Que, sobre el argumento de licencia de funcionamiento, el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 7289-2005-PA/TC, señala que: *"(...)antes de promoverse una acción judicial contra el Estado es preciso que el individuo agote la vía administrativa, con ello no se está queriendo significar que el derecho del administrado es que esta clase de controversias sean resueltas ante el mismo órgano al cual se imputa la lesión de un derecho o interés subjetivo, o ante un tribunal administrativo que orgánicamente pertenece a la Administración Pública, sino como un medio que le permite evitar la iniciación de un proceso judicial si es que sus diferencias pueden solucionarse en la misma sede administrativa, al tiempo que al Estado enmendar el posible incumplimiento de su deber especial de protección para con los derechos (...)*";

Que, según la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 2802-2005-AA, establece que *"la libre voluntad de crear una empresa es un componente esencial del derecho a la libertad de empresa, así como el acceso al mercado empresarial. Este derecho se entiende, en buena cuenta, como la capacidad de toda persona de poder formar una empresa y que esta funcione sin ningún tipo de traba administrativa, sin que ello suponga que no se pueda exigir al titular requisitos razonablemente necesarios, según la naturaleza de su actividad"*;





MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE LINCE

RESOLUCIÓN DE GERENCIA N° 188-2011-MDL/GM

Expediente N° 002224-2011

Lince, 23 AGO 2011

Que, del mismo modo, en Tribunal Constitucional mediante sentencia N° 3330-2004-AA-TC, considera que cuando se alegue la vulneración de los derechos fundamentales a la libertad de empresa y/o a la libertad de trabajo, y el demandante no cuente con la autorización municipal correspondiente; no puede asumirse la afectación de dicho derecho fundamental. En consecuencia, si un derecho fundamental no asiste a la parte demandante, la demanda deberá ser declarada necesariamente improcedente;

Que, se debe tener presente que dentro de las competencias que la Constitución Política del Perú otorga a los gobiernos locales destacan, por un lado, las de organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales de su responsabilidad según el inciso 4 del artículo 192° de la citada norma;

Que, como se ha señalado, por mandato constitucional, son competentes para regular actividades y servicios en el ámbito de competencia municipal, para desarrollar alguna de las actividades o servicios regulados por la administración municipal, y a fin de ejercitar válidamente el derecho a la libertad de empresa, por lo que para poder alegar vulneración de este derecho, se debe contar previamente con la respectiva autorización municipal, sea esta licencia, autorización, certificado o cualquier otro instrumento aparente que pruebe la autorización municipal para la prestación de un servicio o el desarrollo de una actividad empresarial;

Que, según lo establecido en el artículo 46° de la Ley Orgánica de Municipalidades, N° 27972, las normas municipales son de carácter obligatorio y su incumplimiento acarrea las sanciones correspondientes, sin perjuicio de promover las acciones Judiciales sobre las responsabilidades civiles y penales a que hubiere lugar. Siendo que las ordenanzas determinan el régimen de sanciones administrativas por la infracción de sus disposiciones, estableciendo las escalas de multas en función de la gravedad de la falta, así como la imposición de sanciones no pecuniarias tales como multa, suspensión de autorizaciones o licencias, clausura, entre otros;

Que, según Parte Interno de fecha 17 de mayo de 2011, según fojas 4, se efectuó la fiscalización al local ubicado en el Jr. Carlos Alayza y Roel N° 2352 – Distrito de Lince, por personal de la Subgerencias de Fiscalización y Control Administrativo, se observó que en el local se venía ejerciendo actividades comerciales con el giro de *bodega- frutas verduras* sin licencia municipal de funcionamiento, por lo que se procedió a imponer la Cédula de Notificación N° 3593-2011 de fecha 17 de mayo de 2011, con código de infracción 12.01 "Por carecer de Licencia Municipal de Funcionamiento", establecida en la Ordenanza N° 264-MDL que modifica la Tabla de Infracciones y Sanciones Administrativas –TISA, aprobada por la Ordenanza N° 215-MDL.

Que, mediante Carta N° 037-2011-MDL-GDU/SDEL de fecha 16 de mayo de 2011, la Subgerencia de Desarrollo Económico Local, comunicó al administrado lo siguiente:

- Dicho establecimiento se ubica en Zonificación Residencial de Densidad Media (RDM).
- En dicha zonificación no procede el giro de *bodega con venta de frutas y verduras*, siendo que dicho giro solamente procede frente a vías expresas, arteriales, colectoras o avenidas, según el índice de Usos Permitidos, de acuerdo a la Ordenanza N° 1017-MML.





MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE LINCE

RESOLUCIÓN DE GERENCIA N° 188-2011-MDL/GM

Expediente N° 002224-2011

Lince,

23 AGO 2011

Que, por último, la mencionada Carta, con la que esta administración concuerda, con respecto a la Ordenanza N° 1484-MML, regula en aquellos casos en que los predios que contaban con una licencia de funcionamiento u otra autorización otorgado antes de la entrada en vigencia de la zonificación actual y a que a la fecha es oponible. En tal sentido, no es aplicable al predio en cuestión los alcances de la referida Ordenanza;

Que, el artículo 14° de la Ley N° 28976 establece que: *“el cambio de zonificación no es oponible al titular de la licencia de funcionamiento dentro de los primeros cinco años de producido el cambio. Únicamente en aquellos casos en los que existe un alto nivel de riesgo o afectación a la salud, la municipalidad, con opinión de la autoridad competente, podrá modificar la adecuación al cambio de la zonificación en un plaza menor”*;

Que, mediante Informe N° 185-2011-MDL-OAJ, de la Oficina de Asesoría Jurídica opina que referente a la Ordenanza N° 1484-MML busca regularizar el funcionamiento temporal de inmuebles que devinieron en no conforme con nueva zonificación de los usos del suelo, pero cuyos inmuebles, con fecha anterior a la promulgación de dicha zonificación, ya contaban con licencia de funcionamiento u otra autorización. Por último, concluye que la Ordenanza N° 1484-MML no es de aplicación en la jurisdicción del Distrito de Lince, en tanto que la zonificación aprobada mediante Ordenanza N° 1017-MML, aún no es oponible a las licencias de funcionamiento otorgadas con anterioridad a su vigencia;

Que, el artículo 49° de la Ley Orgánica de Municipalidades, N° 27972, dispone que *“La autoridad municipal puede ordenar la clausura transitoria o definitiva de edificios, establecimientos o servicios cuando su funcionamiento está prohibido legalmente o constituya peligro o riesgo para la seguridad de las personas y la propiedad privada o la seguridad pública, o infrinjan las normas reglamentarias o de seguridad del sistema de defensa civil, o produzcan olores, humos, ruidos u otros efectos perjudiciales para la salud o la tranquilidad del vecindario (...)”*;

Que, el administrado cometió infracción a las normas reglamentarias por carecer de licencia de funcionamiento y estando prohibida por las normas de zonificación de esta Corporación Edil, por lo que la sanción complementaria de clausura temporal que consiste en suspender el funcionamiento de un establecimiento comercial y/o otro por un tiempo determinado hasta que subsane la infracción, por lo que consideramos que hay motivo para continuar con la respectiva sanción no pecuniaria; teniendo en cuenta que la reincidencia por no contar con licencia conlleva indefectiblemente a la clausura definitiva;

Que, la sanción es la consecuencia jurídica de carácter administrativo que se deriva de la verificación de la comisión de una conducta que contraviene disposiciones administrativas de competencia municipal; en el presente caso, la conducta infractora ha sido verificada por técnico fiscalizador de la Municipalidad Distrital de Lince que obra a fojas 3 a 4. Por lo tanto, al no contar el administrado impugnante con la respectiva autorización de licencia de funcionamiento, no desvirtúa la sanción administrativa impuesta por contravenir la Ordenanza N° 1017-MDL y Ordenanza N° 188-MDL, la misma que se encuentra sancionada en la Ordenanza N° 264-MDL que modifica la Tabla de Infracciones y Sanciones Administrativas – TISA, aprobada por la Ordenanza N° 215-MDL, por lo que se deberá cumplir con la sanción pecuniaria y no pecuniaria;





MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE LINCE

RESOLUCIÓN DE GERENCIA N° 188 -2011-MDL/GM
Expediente N° 002224-2011
Lince, 23 AGO 2011

Que, la nulidad es la consecuencia de un vicio en los elementos constitutivos del acto administrativo. En el Derecho Administrativo, el administrado sólo puede pedir la nulidad si está legitimado, es decir solamente en los casos en que el acto afecte sus derechos subjetivos o intereses legítimos, siendo los dos tipos de nulidades, la nulidad absoluta y la nulidad relativa. En el primer caso estamos en presencia de un vicio que conduce a una ineficacia intrínseca, inmediata e insubsanable, mientras que en el segundo caso, cuando nos encontramos ante un vicio que supone la ineficacia extrínseca y potencial, que se puede subsanar, por el transcurso del tiempo o por la propia actividad de la Administración;

Que, estando a lo dispuesto en el artículo 10° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, el pedido de nulidad sólo se puede declarar por las causales establecidas en dicho dispositivo legal. En el presente caso, dicho pedido resulta improcedente, de acuerdo a los considerandos que esta instancia ha señalado;

Que, estando a lo informado por la Oficina de Asesoría Jurídica, mediante Informe N° 579-2011-MDL/OAJ; y en ejercicio de las facultades establecidas por la Directiva de "Desconcentración de Facultades, Atribuciones y Competencias, de la Municipalidad Distrital de Lince" aprobada por Resolución de Alcaldía N° 224-2007-ALC-MDL de fecha 03 setiembre 2007 y modificatorias; y a lo establecido por el numeral 6) del artículo 20° de la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N° 27972;

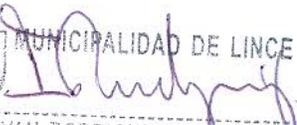
SE RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- Declarar **INFUNDADO** el Recurso de Apelación interpuesto por el señor Silvio Víctor Zurita Vivas, contra la Resolución Subgerencial N° 131-2011-MDL-GSC/SFCA de fecha 07 de julio del 2011, que declara improcedente el Recurso de Reconsideración, por las consideraciones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución, dándose por agotada la vía administrativa.

ARTICULO SEGUNDO.- IMPROCEDENTE el Recurso de NULIDAD contra la Resolución impugnada, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa.

ARTICULO TERCERO.- Encargar el cumplimiento de la presente Resolución a la Gerencia de Desarrollo Urbano, a la Subgerencia de Desarrollo Económico y Local, a la Subgerencia de Fiscalización y Control Administrativo, a la Unidad de Recaudación y Control, a la Unidad de Ejecución Coactiva y a la Oficina de Secretaria General por intermedio de la Unidad de Trámite Documentario y Archivo su notificación al interesado.

REGÍSTRESE, COMUNÍQUESE Y CUMPLASE


MUNICIPALIDAD DE LINCE

Eco. IVAN RODRIGUEZ JADROSICH
Gerente Municipal

