

Resolución Gerencial N° **337-2023-GM-MDW/C**

Wanchaq, 29 de setiembre del 2023

EXPEDIENTE N°305-2022 (ORDINARIO)

VISTO:

El Expediente con registro de ingreso N°00016695 de fecha 20 de setiembre de 2023, que contiene el Recurso de Reconsideración, interpuesto por los administrados: **ITALA ENRIQUETA FLOREZ GIBAJA** y **VICTOR HUGO VILLAFUERTE ZUÑIGA** contra la Resolución Gerencial N°298-2023-GM-MDW/C, sus antecedentes, y;

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 194° de la Constitución Política del Perú, en concordancia con el artículo II del Título Preliminar de la Ley N°27972, Ley Orgánica de Municipalidades, las municipalidades son órganos de gobiernos local y cuentan con autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia; asimismo, es preciso señalar que el marco legal que complementa nuestro sistema jurídico administrativo es la Ley N°27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General y sus modificatorias;

Que, la Potestad Sancionadora y del Procedimiento Administrativo Sancionador Municipal del Distrital de Wanchaq, es regulado por la Ordenanza Municipal N°005-2019-MDW/C, publicado el 13 de mayo del 2019, en el diario La República, cuerpo normativo que tiene la finalidad de establecer las disposiciones generales orientadas a estructurar el procedimiento sancionador, garantizando la correcta aplicación de sanciones ante el incumplimiento de las normas administrativas municipales y nacionales;

DE LOS ANTECEDENTES:

Que, en fecha 03 de octubre del 2022, la Oficina de Fiscalización y Control Ambiental, conforme a sus atribuciones, levantó el Acta de Fiscalización N°00092-2022-OFCA-GM-MDW/C, a los administrados **ITALA ENRIQUETA FLOREZ GIBAJA** identificada con DNI N° 24710391 y **VICTOR HUGO VILLAFUERTE ZUÑIGA** identificado con DNI N° 24669067, propietarios del predio ubicado en la URB. SANTA ROSA N° 223 PJE. LOS CEDROS MANZ. H del distrito de Wanchaq, provincia y departamento del Cusco; constatándose in situ: "se verifica la ocupación del jardín comunal con una construcción de 01 nivel con muros de mampostería de ladrillo, columnas de concreto, techo con estructura metálica cubierta con policarbonato y láminas onduladas de polipropileno, dicha construcción tiene una altura de 2.60 m, desde el nivel de vereda hasta el alero, sus dimensiones son 3.54 m. Hacia el Pje. R. Gibaja con una sección de 2.49 m, y hacia el Pje. Los Cedros una longitud de 8.00 m por una sección de 2.25 m haciendo un área de 24.42 m²"; acta que concluye con recomendación de Inicio de Procedimiento Sancionador. Hecho complementado con el Informe Técnico N° 253-2022-OSVC-OFCA-GM-MDW/C, documentos con los que se evidencia que los administrados se encuentran incurriendo en la infracción: Construir en jardines comunales;

Que, mediante Informe Técnico N°253-2022-OSVC-OFCA-GM-MDW/C, emitido por el Asistente Técnico de la Oficina de Fiscalización y Control Ambiental, informa respecto de la inspección lo siguiente: "Se constata que el inmueble ubicado en, URB. SANTA ROSA PSJ. LOS CEDROS N°223 Manz. H de propiedad de **VICTOR HUGO VILLAFUERTE ZUÑIGA** con DNI N°23979218 y **ITALA ENRIQUETA FLOREZ GIBAJA** con DNI N°23871200 se viene realizando verifica la construcción de 02 ambientes y cerco perimetral con mampostería de ladrillo, columnas de concreto armado de una altura de 2.60m, y estructuras para techo metálico, en áreas de jardín comunal, dichos ambientes ocupan un área de 24.42m², con las siguientes dimensiones, hacia el pasaje Gibaja una longitud de 3.54m con una sección de 2.49m y hacia el pasaje los Cedros una longitud de 8.00m por una sección de 2.25m."; hecho que contraviene normas de zonificación y urbanismo; así como el Artículo 71° de la Constitución Política del Perú que señala: "Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles", el Artículo 55.- PATRIMONIO MUNICIPAL de la Ley N° 27972 Ley Orgánica de Municipalidades que señala: "Los bienes, rentas y derechos de cada municipalidad constituyen su patrimonio, el patrimonio municipal se administra por cada municipalidad en forma autónoma, con las garantías y responsabilidades de ley. Los bienes de dominio público de las municipalidades son inalienables e imprescriptibles", Artículo 10° del Plan Urbano Distrital de Wanchaq 2016-2021, Tomo II, aprobado por Ordenanza Municipal N°013-2016-MDW/C que señala: "a. Las áreas públicas o fiscales de administración de la Municipalidad (áreas verdes, parques y jardines, calles, pasajes, jardines comunales, etc.) son bienes de dominio y uso público y tal como queda establecido en el Art. 73 de la Constitución Política del Estado y en la Ley N° 27972 "Nueva Ley Orgánica de Municipalidades", son inalienables e imprescriptible por la que se debe garantizar su condición de libre acceso y

Resolución Gerencial N° 337-2023-GM-MDW/C

circulación, así como de brindar seguridad a la población, son bienes de la municipalidad, los aportes provenientes de habilitaciones urbanas al igual que las vías y áreas públicas, con subsuelo y áreas.", el **artículo 15° del Reglamento del Plan Urbano Distrital de Wanchaq 2016-2021**, que señala: "PRINCIPIOS DE INTERVENCIÓN: La Propuesta de Jardines Comunales ratifica las áreas existentes, con la finalidad de dotar, recuperar y mantener condiciones urbano-ambientales favorables y de calidad para el distrito. El Plan propone como principio general que estas áreas aporten al ornato urbano y deban estar libres de edificación y ser habilitados jardines y senderos al mismo nivel que las veredas de la calle. Debiendo manifestar que la municipalidad solamente encargó a los vecinos el cuidado de dichos jardines comunales, más no la transferencia de propiedad o derechos. Por este hecho el retiro i/o demolición paulatina de los cerramientos de los mismos serán ejecutados por la Municipalidad previo aviso a los vecinos que hayan cerrado dichos espacios. Toda autorización otorgada con anterioridad para la construcción de rejas y/o verjas ornamentales tiene carácter temporal y no genera derecho al administrado sobre la propiedad", y el **inciso C, del artículo 18° del Plan Urbano Distrital de Wanchaq 2016-2021**, que señala: USOS EXIGIBLES: El área resultante del jardín comunal deberá ser habilitada con jardines y senderos visibles desde el espacio público, debiendo estar libres de edificaciones y estar al mismo nivel de la calle, de tal modo que estas áreas se "integren" al espacio urbano. Así mismo, el "Cuadro N° 033 – Jardines comunales en urbanizaciones del distrito" del Plan Urbano Distrital Wanchaq 2016-2021, Tomo I, aprobado por Ordenanza Municipal N° 013-2016-MDW/C, el **jardín comunal para los lotes hacia los pasajes Psj. Gibaja - Sección B - es de 8.00ml (3.00m de sección de jardín para ambos lados y una sección de 2.00m de vereda) y el Psj. Los Cedros – sección A es de 6.00 ml (2.25m de sección de jardín a ambos lados y una sección de vereda de 1.50m).**

Que, en fecha 28 de noviembre del 2022, se notificó el Inicio de Procedimiento Sancionador N°02679-2022-OFCA-GM-MDW/C a los administrados, que señala el marco normativo, los hechos que se le imputan, la calificación de las infracciones, el descargo, la autoridad competente para imponer sanciones; documento que no fue susceptible de descargo por parte de los administrados;

Que, en fecha 24 de julio del 2023, el Jefe de la Oficina de Control y Fiscalización, emite el Informe Final de Instrucción N°073-2023-OFCA-GM-MDW/C, documento que concluye: 1) Está probado que VICTOR HUGO VILLAFUERTE ZUÑIGA y ITALA ENRIQUETA FLOREZ GIBAJA incurrir en la infracción: "Ocupar o construir en jardines comunales o áreas de uso público". Por lo que corresponde aplicar la multa del 100% del valor de la UIT por nivel, equivalente a S/. 4,600.00 – CUATRO MIL SEISCIENTOS CON 00/100 SOLES - y Medida Complementaria de DEMOLICIÓN Y/O RETIRO de la reja que ocupa el área de jardín comunal adyacente al inmueble ubicado en la URB. SANTA ROSA PSJ. LOS CEDROS N°223 Manz. H conforme a lo establecido en el Anexo I – Cuadro de Sanciones y Escala de Multa de Ámbito Distrital de Wanchaq, aprobado por Ordenanza Municipal N° 005-2019-MDW/C.;

Que, se remite el Informe Final de Instrucción N°073-2023-OFCA-GM-MDW, a la autoridad resolutoria, quien determinó: Proceder con la aplicación de la sanción determinada; es así, que en fecha 01 de agosto del 2023, se notificó el referido documento a los administrados, documento que no fue susceptible de descargo por parte de los administrados;

Que, en fecha 31 de agosto del 2023 se notificó a los administrados la Resolución Gerencial N° 298-2023-GM-MDW/C, que resuelve: "**ARTÍCULO PRIMERO: SANCIONAR a los administrados ITALA ENRIQUETA FLOREZ GIBAJA identificada con DNI N° 24710391 y VICTOR HUGO VILLAFUERTE ZUÑIGA identificado DNI N° 24669067, propietarios del inmueble ubicado en Urb. Santa Rosa Psj. Los Cedros N°223 Manz. H del distrito de Wanchaq, provincia y departamento del Cusco, con MULTA ascendente a S/. 4,600.00 – CUATRO MIL SEISCIENTOS CON 00/100 SOLES -, por haber incurrido la infracción de Construir en Jardines Comunales, contraviniendo normas de urbanismo y zonificación. ARTÍCULO SEGUNDO: DISPONER como MEDIDA COMPLEMENTARIA la DEMOLICIÓN del ambiente techado con estructura metálica cubierta con policarbonato y láminas onduladas de polipropileno, cerramiento exterior con columnas de concreto y muros de mampostería de ladrillo que ocupa un área de 24.42 m2 del área de jardín comunal adyacente al inmueble ubicado en la Urb. Santa Rosa Psj. Los Cedros N°223 del distrito de Wanchaq, provincia y departamento del Cusco**";

Que, en fecha 20 de setiembre del 2023, mediante expediente con registro N°00016695, los administrados ITALA ENRIQUETA FLOREZ GIBAJA y VICTOR HUGO VILLAFUERTE ZUÑIGA interpusieron Recurso de Apelación contra la Resolución Gerencial N° 298-2023-GM-MDW/C de fecha 28 de noviembre del 2023;

DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN:

Resolución Gerencial N° **337-2023-GM-MDW/C**

Que, el Recurso Impugnativo de Reconsideración, es el recurso optativo que puede interponer el administrado ante la misma autoridad emisora de una decisión controvertida, a fin de que esta evalúe la nueva prueba aportada y, por acto de contrario imperio, proceda a modificar o revocar dicha decisión;

Que, del artículo 30¹ de la Ordenanza Municipal N°005-2019-MDW/C, publicado el 13 de Mayo del 2019, en concordancia con el literal a del inciso 1 y 2^o del artículo 218° del TUO de la Ley N°27444 Ley del Procedimiento Administrativo General (Texto según el artículo 207 de la Ley N° 27444, modificado según el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1272) establece que el Recurso de Reconsideración deberá presentarse en el plazo de quince (15) días hábiles contados desde la fecha de notificación del acto que se impugna. Asimismo, conforme el artículo 219^o del TUO de la LPAG el Recurso de Reconsideración se interpondrá ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de impugnación y deberá sustentarse en prueba nueva; por último, y deberá cumplir los requisitos establecidos en el artículo 221^o del TUO de la LPAG;

Que, en el presente caso, la Resolución Gerencial N°298-2023-GM-MDW/C, a través de la cual se resuelve sancionar a los administrados ITALA ENRIQUETA FLOREZ GIBAJA y VICTOR HUGO VILLAFUERTE ZUÑIGA, fue notificada el 31 de agosto del 2023, por lo que, los administrados tenían como plazo hasta el 21 de setiembre del 2023 para impugnar la mencionada resolución. Al respecto, se verifica que el Recurso de Reconsideración fue interpuesto en fecha 20 de setiembre del 2023, mediante expediente con registro N°00016695, esto es, dentro de plazo establecido. Asimismo, adjuntó como prueba nueva de su Recurso Impugnativo de Reconsideración: **i)** Copia simple de los documentos de identidad de los administrados, **ii)** Resolución materia de reconsideración y, **iii)** Diecinueve (19) fotografías tomadas de los muros de protección en diferentes inmuebles ubicados en los pasajes de su Urbanización;

Que, la nueva prueba debe servir para demostrar algún nuevo hecho o circunstancia, idea que es perfectamente aplicable a la finalidad del recurso de reconsideración, la cual es controlar las decisiones de la administración en términos de verdad material y ante la posibilidad de la generación de nuevos hechos. En consecuencia, para esta nueva evaluación se requiere de un nuevo medio probatorio que tenga como finalidad la modificación de la situación que se resolvió inicialmente;

Que, respecto de las pruebas nuevas: **i)** Copia simple de los documentos de identidad de los administrados, **ii)** Resolución materia de reconsideración, se debe indicar que son pruebas que **devienen en inconsistente** puesto que es la Resolución Gerencial N°298-2023-GM-MDW/C que los administrados pretenden impugnar y, los DNI's son un documentos para identificar a los administrados, siendo que, ambos documentos, no evidencian algún nuevo hecho o circunstancia a meritarse en relación al hecho materia de controversia para el presente caso;

Que, respecto de las pruebas nuevas: **iii)** Diecinueve (19) fotografías tomadas de los muros de protección en diferentes inmuebles ubicados en los pasajes de su Urbanización, son documentos que no obraban en el Expediente a la fecha de la emisión de la Resolución Gerencial N°298-2023-GM-MDW/C, por lo que, califica como **prueba nueva**, cumpliéndose el requisito de procedencia del recurso ha establecido en el artículo 219° del TUO de la LPAG;

Que, en ese sentido corresponde a este despacho realizar el análisis y valoración de los medios probatorios ofrecidos mencionados anteriormente. Respecto de la prueba **iii)** Diecinueve (19) fotografías tomadas de los muros de protección en diferentes inmuebles ubicados en los pasajes de su Urbanización, los administrados señalan que, optaron por levantar muros de protección a razón de que la delincuencia viene incrementándose en forma alarmante a nivel local como nacional. Así mismo indican que, al ser adultos mayores están ubicados dentro del riesgo de vulnerabilidad y se encuentran protegidos por la Ley N° 1850-2017, modificado por la Ley 304490;

Ante lo señalado, los administrados pretenden justificar su accionar en la conducta de las edificaciones vecinas, al señalar que los vecinos optaron por levantar muros de protección en la Urbanización por el incremento de la delincuencia, lo

¹ ARTÍCULO 30°.- RECURSO DE RECONSIDERACIÓN. Para la Procedencia del recurso, se requiere que se encuentre sustentado en nueva prueba, además de cumplir con los requisitos previstos en el Artículo 219° del TUO de la Ley N°27444 aprobado por DS N°006-2017-JUS.

² ARTÍCULO 218°. RECURSOS ADMINISTRATIVOS.

218.1 Los recursos administrativos son:

a) Recurso de reconsideración

(...)

218.2 El término para la interposición de los recursos es de quince (15) días perentorios, y deberán resolverse en el plazo de treinta (30) días

³ ARTÍCULO 219°.- RECURSO DE RECONSIDERACIÓN. El recurso de reconsideración se interpondrá ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación y deberá sustentarse en nueva prueba. En los casos de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia no se requiere nueva prueba. Este recurso es opcional y su no interposición no impide el ejercicio del recurso de apelación.

⁴ ARTÍCULO 221°.- REQUISITOS DEL RECURSO. El escrito del recurso deberá señalar el acto del que se recurre y cumplirá los demás requisitos previstos en el artículo 124 de la presente Ley.

Resolución Gerencial N° **337-2023-GM-MDW/C**

cual no desvirtúa la comisión de la infracción detectada puesto que, en la aplicación de la Ley no cabe la "igualdad en la ilegalidad"; esto es, el principio de igualdad "no significa un imposible derecho a la igualdad en la ilegalidad, de manera que en ningún caso aquel a quien se aplica la ley puede considerar violado el citado principio constitucional por el hecho de que la ley no se aplique a otros que asimismo la han incumplido"⁵. En ese sentido la municipalidad, en uso de su potestad sancionadora, aplica la sanción correspondiente ante el incumplimiento de las disposiciones legales, como sucede en el presente caso, es así que, dichas fotografías no desvirtúan la comisión de la infracción detectada, puesto que no guardan relación con el hecho materia de controversia para el presente procedimiento administrativo sancionador. De igual forma, es importante mencionar que, si bien los administrados se encuentran protegidos por la Ley N° 1850-2017, modificado por la Ley 304490, no significa que estén autorizados a realizar hacer uso privado del jardín comunal pues, el área que viene ocupando, es área pública de conformidad con el Artículo 10^{o6} del Plan Urbano Distrital de Wanchaq 2016-2021, concordante con el Artículo 73° de la Constitución Política del Perú, señala: **Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles.** (...), en ese sentido, estas áreas deben estar libre de edificación para poder cumplir con la finalidad de dotar, recuperar y mantener condiciones urbano-ambientales favorables y de calidad para el distrito, por tanto, los administrados no pueden hacer uso particular del mismo como sucede en el presente caso. En ese sentido, la municipalidad, no se encuentra impedida de accionar, ya que, en uso de su potestad sancionadora, aplica la sanción correspondiente ante el incumplimiento de las disposiciones legales, como sucede en el presente caso, por lo que, lo señalado por los administrados en este extremo de su recurso no desvirtúa la comisión de la infracción;

Que, dentro del fundamento del recurso impugnativo de reconsideración: **i)** Señala que, se viene contraviniendo el principio Constitucional Nom Bis Idem establecido en el numeral 10 del Art. 230° del TUO de la Ley N° 27444 por sancionar a los recurrentes imponiendo una multa económica ascendente a la suma de S/. 4,600.00 complementariamente a la demolición del ambiente techado con estructura metálica cubierto con policarbonato, con columnas de concreto y muros de mampostería en el área de jardín comunal adyacente al inmueble de su propiedad;

Que, respecto del fundamento **i)** se debe señalar que, para la emisión de la presente resolución se realizaron diligencias previas a fin de determinar si concurrían circunstancias que justifiquen el inicio del procedimiento sancionador, es decir, la sanción a imponer no se dio de un momento a otro, ya que se realizó un procedimiento administrativo para poder determinar que su accionar constituye infracción y le corresponde una sanción comprendida por una multa y medida complementaria de demolición por la comisión de la infracción de **Código 01-0204: Construir en Jardines Comunales**, que se encuentra establecida en la Ordenanza Municipal N°005-2019-MDW/C, por lo que, **no se está imponiendo doble sanción, en consecuencia, no se incurre en abuso de autoridad**, así mismo, la demolición se encuentra dentro de las competencias municipales, de manera específica se encuentra en el artículo 49° de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades que establece lo siguiente:

"ARTÍCULO 49°.- CLAUSURA, RETIRO O DEMOLICIÓN

(...) La autoridad municipal puede demandar autorización judicial en la vía sumarísima para la demolición de obras inmobiliarias que contravengan las normas legales, reglamentos y ordenanzas municipales. (...)"

Así mismo, se reitera que, no puede hacer uso particular del área de jardín comunal puesto que, el área que viene ocupando es área pública, en consecuencia, el mismo debe estar libre de edificación. Es así que, los argumentos expuestos en este extremo de su recurso no desvirtúan la comisión de la infracción;

Que, conforme a lo señalado en los párrafos precedentes y al no ofrecer nuevo medio probatorio que modifique o revoque la sanción impuesta, corresponde declarar **INFUNDADO** el Recurso de Reconsideración interpuesto por los administrados: **ITALA ENRIQUETA FLOREZ GIBAJA** identificada con DNI N° 24710391 y **VICTOR HUGO VILLAFUERTE ZUÑIGA** identificado DNI N° 24669067, contra la Resolución Gerencial N°298-2023-GM-MDW/C de fecha 28 de agosto del 2023;

⁵ RIDAURA MARTINEZ, Josefa. El principio y derecho fundamental a la igualdad y la prohibición de discriminación. Derecho Constitucional. Pág. 2. [https://editorial.tirant.com/es/actualizaciones/Tema%2005_Todo\(16-02-2017\).pdf](https://editorial.tirant.com/es/actualizaciones/Tema%2005_Todo(16-02-2017).pdf)

⁶ **ARTICULO 10° ÁREAS DE DOMINIO PÚBLICO.** Las áreas públicas o fiscales de administración de la Municipalidad (áreas verdes, parques y jardines, calles, pasaje, jardines comunales, etc.), son bienes del dominio y uso público y tal como queda establecido en el Art. 73° de la Constitución Política de Estado y en la Ley N°27972 Ley Orgánica de Municipalidades, son inalienables e imprescriptibles por lo que se debe garantizar su condición de libre acceso y circulación, así como de brindar seguridad a la población. Son bienes de la municipalidad, los aportes provenientes de habilitaciones urbanas al igual que las vías y áreas públicas, son subsuelo y aires.

Resolución Gerencial N° 337-2023-GM-MDW/C

Estando a lo expuesto y en uso de las facultades conferidas por la Ley N° 27972 – Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General y sus modificatorias;

SE RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Declarar **INFUNDADO** el Recurso de Reconsideración interpuesto por los administrados: **ITALA ENRIQUETA FLOREZ GIBAJA** identificada con DNI N° 24710391 y **VICTOR HUGO VILLAFUERTE ZUÑIGA** identificado DNI N° 24669067, contra la Resolución Gerencial N° 298-2023-GM-MDW/C de fecha 28 de agosto del 2023, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: **NOTIFICAR** la presente Resolución a los interesados y demás instancias que por función tengan injerencia en el cumplimiento de la misma.

REGISTRESE, COMUNIQUESE Y CÚMPLASE.

ODVG/jfmh /pbs.



MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE WANCHAQ
GERENCIA MUNICIPAL

Mgt. Oscar David Verástegui Gibaja
GERENTE MUNICIPAL