

INFORME DE ADJUNTÍA N° 040-2010-DP/AEE

CAMBIO DE ZONIFICACIÓN/ ÁREA SATURADA Y REVOCATORIA DE LICENCIA DE FUNCIONAMIENTO

I. ANTECEDENTES

El 29 de noviembre del 2010, la Oficina Defensorial de Ayacucho, remite copia de diversos documentos sobre el transporte interdepartamental, a fin de que la Adjuntía para la Administración Estatal emita opinión sobre la solicitud de intervención de la Empresa de Transportes Cruz del Sur S.A.C, por actos arbitrarios de la municipalidad provincial de Huamanga.¹

Según se advierte de la solicitud presentada, la empresa en mención, con domicilio real en la Avenida Mariscal Cáceres N° 1264, Huamanga- Ayacucho, y representada por su apoderado Iván Lemos Tineo, argumenta que la municipalidad provincial viene imponiendo barreras burocráticas que impiden su acceso y permanencia en el mercado. Entre las razones que sustentan su pretensión, se encuentran las siguientes:

- Desde el 2003 cuentan con licencia de apertura para el giro de: **a)** Transporte de pasajeros, **b)** Venta de pasajes-giros-encomiendas, **c)** Cafetería y **d)** Embarque y desembarque de pasajeros y cargas, la misma que fue ratificada en el 2004, y que tiene vigencia indeterminada.
- Se le ha cursado una carta notarial, que desconoce arbitrariamente su licencia, y que hace referencia a la Ordenanza N° 013-2009-MPH/A del 06 de mayo del 2009, que aprueba el cambio de zonificación en la zona donde se encuentra ubicada el terminal terrestre, lo cual no le es oponible, según el artículo 14° de la Ley Marco de Licencia de Funcionamiento.

Pero además de la Ordenanza N° 013-2009-MPH/A, que aprueba el cambio de zonificación, en la carta notarial se hace referencia a la Ordenanza N° 032-2009-MPHA, por la que se declara área saturada al casco urbano de la ciudad de Ayacucho.

Corresponde, entonces, determinar si la municipalidad provincial de Huamanga viene incurriendo en ilegalidad al prohibir el funcionamiento de la Empresa de Transportes Cruz del Sur S.A.C.

II. ANÁLISIS

2.1. Licencia de funcionamiento

Competencia

¹ Expediente N° 6170-2010.

La Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades,² en el artículo 79º, inciso 3.6.4, establece como función de las municipalidades otorgar licencias de apertura de establecimientos comerciales, industriales y de actividades profesionales de acuerdo con la zonificación, así como regular su funcionamiento.

Por su parte, la Ley N° 28976, Ley Marco de Licencia de Funcionamiento,³ establece el marco jurídico aplicable al procedimiento para el otorgamiento de las licencias de funcionamiento, así como la regulación de las mismas, precisando en el artículo 5º, que las municipalidades distritales o provinciales, cuando les corresponda conforme a ley, son las encargadas de evaluar las solicitudes y otorgar las licencias de funcionamiento así como de fiscalizar las mismas y aplicar las sanciones correspondientes.

En el caso específico de las licencias de funcionamiento para el transporte de pasajeros y terminales terrestres, tal como lo dispone la Ley Orgánica de Municipalidades [artículo 81.1 numerales 1.4 y 1.8], las mismas corresponden ser otorgadas por las municipalidades provinciales y no por las municipalidades distritales como ocurren con las demás licencias.

Vigencia

Tanto la legislación anterior⁴ como la actual ⁵ disponen que las licencias tienen vigencia indeterminada, por lo que no procede exigir canjes, actualizaciones o renovaciones respecto de ellas, ni dejarlas sin efecto en tanto no se presente alguno de los supuestos previstos para ello, sean de nulidad o de revocación, de ser el caso.

Fiscalización

Según el artículo 13º de la Ley Marco de Licencia de Funcionamiento, las municipalidades deberán realizar las labores de fiscalización de las actividades económicas, con el fin de verificar el cumplimiento de las obligaciones de los titulares de las licencias de funcionamiento, conforme a ley, pudiendo imponer las sanciones a que hubiera lugar en el caso de incumplimiento.

En efecto, conforme al artículo 49º de la Ley Orgánica de Municipalidades, como consecuencia de la labor de fiscalización, los municipios, pueden ordenar la clausura transitoria o definitiva de edificios, establecimientos o servicios, cuando su funcionamiento esté 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 tranquilidad del vecindario.

² Publicada en el diario oficial "El Peruano" el 27 de mayo del 2003.

³ Publicada en el diario oficial "El Peruano" el 05 de febrero del 2007.

⁴ Artículo 71º del Decreto Legislativo N° 7776, Ley de Tributación Municipal, modificado por la Ley N° 27180, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 05 de octubre de 1999.

⁵ Artículo 11º de la Ley Marco de Licencias de Funcionamiento.

2.2. Cambio de zonificación y su oponibilidad

La zonificación, según se desprende del Reglamento Nacional de Edificaciones⁶ y la Ley Marco de Licencia de Funcionamiento, es el conjunto de normas técnicas urbanísticas y edificatorias, establecidas en el Plan de Desarrollo Urbano, por las que se regula el uso del suelo para localizar las diferentes actividades humanas en función de las demandas físicas, económicas y sociales de la población.

Así el artículo 11° de la Ley Marco de Licencia de Funcionamiento, recogiendo lo que establecía en el artículo 74° de la Ley Tributación Municipal, prevé que:

“El cambio de zonificación no es oponible al titular de la licencia de funcionamiento dentro de los primeros cinco (5) años de producido dicho cambio. Únicamente en aquellos casos en los que exista un alto nivel de riesgo o afectación a la salud, la municipalidad, con opinión de la autoridad competente, podrá notificar la adecuación al cambio de zonificación en un plazo menor”.

Así lo ratifica el Tribunal Constitucional al señalar que, en principio, el cambio de zonificación puede ser impuesto luego de transcurrido los cinco años desde que se produjo el cambio;⁷ y, que en casos de un grave riesgo, la municipalidad se encuentra autorizada para adoptar la medida que brinde protección inmediata.⁸

De este modo, los cambios de zonificación, no pueden ser impuestos al titular de una licencia de funcionamiento, sino luego de transcurridos cinco (5) años desde que se produjo el cambio [no desde que se obtuvo la licencia], salvo que exista una situación de riesgo debidamente acreditada con una opinión de la autoridad competente, lo cual faculta a la municipalidad a reducir dicho plazo.

2.3. Área Saturada

Según el Reglamento Nacional de Administración de Transporte, aprobado mediante Decreto Supremo N° 017-2009-MTC,⁹ el área saturada es definida como:

“Parte del territorio de una ciudad, población o área urbana en general en la que existen dos (2) o más arterias o tramos viales con apreciable demanda de usuarios del transporte o exceso de oferta, la que presenta en toda su extensión o en parte de ella, niveles de contaminación ambiental o congestión vehicular que comprometen la calidad de vida o la seguridad de sus habitantes, declarada como tal por la municipalidad provincial respectiva. La existencia de

⁶ Publicado en el diario oficial “El Peruano” el 08 de junio del 2006.

⁷ STC N° 06419-2007-PA/TC, del 3 de setiembre del 2008, caso Feliciano Curo Mallqui, F N° 7.

⁸ STC N° 4237-2008-PA/TC, del 13 de abril del 2009, caso Richard Julio Huanca Coila, F N° 7.

⁹ Publicado en el diario oficial “El Peruano” el 22 de abril del 2009.

un área saturada se determinará mediante un estudio técnico.”¹⁰ (subrayado nuestro).

De este modo, si bien es potestad de la municipalidad provincial declarar un área saturada, el ejercicio de esta facultad se sujeta a la existencia de un estudio técnico, cuyas conclusiones deben estar motivadas.

Así, el INDECOPI ha precisado que no es suficiente señalar la existencia de congestión vehicular sin analizar las variables que conllevaron a tal conclusión. Se requiere analizar factores como el flujo vehicular, la cantidad de unidades autorizadas a dicha fecha, la demanda del servicio de transporte, el número de viajes realizados, entre otros elementos necesarios para determinar si una zona se encuentra saturada.¹¹

Ahora bien, en cuanto al órgano competente para emitir el estudio técnico, al no asignar la norma al encargado para su elaboración, entendemos que es potestad de la municipalidad realizarlo a través de la Gerencia de Transportes, o encargar su elaboración a un agente externo del municipio, con conocimiento en el tema.¹²

Como consecuencia de declarar determinadas vías urbanas como área saturada, corresponde a la autoridad competente otorgar vía concesión por un plazo determinado a una persona jurídica la facultad de realizar el servicio de transporte público de personas en el ámbito provincial, previa licitación pública.¹³

2.4. El procedimiento de revocación como mecanismo idóneo para dejar sin efecto las licencias de funcionamiento

La revocación, al igual que la nulidad, constituye una vía con la que cuenta la administración para revisar sus propios actos administrativos. Pero a diferencia de aquella, por la que se revisan actos que contienen vicios desde el momento de su emisión, constituye el medio por el cual, en mérito a circunstancias sobrevinientes, se revisan actos emitidos originalmente de manera válida.

En la medida que la revocación restringe derechos e intereses legítimos de particulares, el artículo 203° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General [LPAG] ha previsto un procedimiento específico. Según este artículo sólo es posible iniciarlo en tres (3) supuestos: *i.* Cuando la facultad revocatoria haya sido establecida por una norma de rango legal. *ii.* Cuando desaparezcan las condiciones indispensables según la ley para dicha declaración o constitución de derechos o intereses. *iii.* Cuando apreciando elementos de juicio sobrevinientes se favorezca a los destinatarios del acto y no se dañe a terceros.

¹⁰ Artículo 3°, numeral 3.5.

¹¹ Resolución N° 1535-2010/SC1-INDECOPI, recaída en el Expediente 00037-2009/CEB, F N° 101.

¹² El anterior Reglamento [Decreto Supremo N° 009-2004-MTC] encargaba expresamente la elaboración de los estudios técnicos a especialistas en la materia [artículo 94°].

¹³ Artículo 3°, numerales 3.22, 3.23 y 3.44 del el Reglamento Nacional de Administración de Transporte.

Así, tal como reconoce el INDECOPI, cuando a raíz de un cambio de zonificación los giros de algunos negocios se vuelven incompatibles, o se declara un área saturada, la administración, para dejar sin efecto la autorización otorgada, debe seguir el procedimiento de revocación.¹⁴

Asimismo, la revocación debe ser declarada por la más alta autoridad de la entidad competente, garantizando el derecho de defensa de los afectados, esto es, otorgándoles la oportunidad a para presentar sus alegatos y evidencia a su favor.¹⁵ Es obligación de la autoridad garantizar un procedimiento previamente establecido en el que se otorgue el derecho de defensa de quienes pudiesen resultar perjudicados con la revisión efectuada. A su vez, en caso se origine un perjuicio económico, corresponde una indemnización, tal como lo dispone el artículo 205° de la LPAG.

En este orden de ideas, vencido el plazo de no oponibilidad del cambio de zonificación [5 años o menos, según sea el caso] o al haberse declarado la saturación vial de la jurisdicción, el mecanismo válido para dejar sin efecto una licencia de funcionamiento es el procedimiento de revocación, previsto en los artículos 203° y 205° de la LPAG.

2.5. Cambio se zonificación, área saturada y revocatoria de licencia en el caso concreto

En el caso concreto, se advierte que mediante Ordenanza Municipal N° 013-2009-MPH/A, del 06 de mayo del 2009, se modificó la Ordenanza Municipal N° 013-2008-MPH/A que aprueba el Plan de Zonificación y Usos de Suelo del distrito de Ayacucho. Según este plan, aquellas áreas destinadas a la localización y funcionamiento de establecimientos de transporte interprovincial de pasajeros y de carga (terminales de carga) en todos los niveles:

“deberán ubicarse en zonas alejadas al centro de la ciudad, y con fácil acceso en cuanto a distancias y soporte de vías, de entrada y salida de la ciudad, el área deberá ser la necesaria para el estacionamiento, maniobra y recorrido de buses, estacionamiento para vehículos particulares y taxis, zona de espera, counter, zonas de embarque, y servicios.”¹⁶

Posteriormente, a través de la Ordenanza N° 032-2009-MPH/A, del 27 de octubre del 2009, se aprueban y declaran áreas y vías saturadas en el casco urbano de la ciudad de Ayacucho, teniendo como perímetro 29 vértices, entre los cuales se encuentra, la intersección del Jirón Sucre con la Avenida Mariscal Cáceres (Vértice 29).

Según se advierte de la parte considerativa de esta ordenanza, tal decisión se sustenta en el diagnóstico de planteamiento de soluciones al transporte público de la ciudad de Ayacucho, realizado por la Consultora LUZ AMBAR, en marzo del 2009, en

¹⁴ Resolución N° 1535-2010/SC1-INDECOPI. *Op. Cit.*, F N° 16 y N° 103.

¹⁵ El derecho de defensa también es recogido de manera general por el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG.

¹⁶ Ver página 19 del Plan.

cuyo Capítulo VI, referido a conclusiones y recomendaciones, se indica que el transporte urbano en la ciudad presenta un:

“alto nivel de congestión y desorden en el tránsito y transporte (especialmente en el centro de la ciudad), debido al crecimiento explosivo de los últimos años, para lo cual la ciudad evidentemente no estaba preparada”

Como consecuencia de ello, la municipalidad provincial de Huamanga, suscribió un contrato de concesión con la Empresa Terrapuerto Plaza Wari S.A.C, mediante el cual se le otorga en concesión un terminal terrestre interdepartamental; y, mediante Ordenanza N° 030-2010-MPH/A, del 18 de agosto del 2010, se establecen las vías de acceso y salida a dicho terminal, disponiéndose a la vez que:

“ARTÍCULO SEGUNDO.- ENTIÉNDASE por obligados al uso de las vías de acceso y de salida aprobadas (...) a toda persona natural o jurídica que preste el servicio de transporte de pasajeros, equipajes, encomiendas y carga, tanto para el inicio, escalas y/o término de las rutas que no corresponden al ámbito urbano, que operen en el terminal terrestre concesionado por la Municipalidad Provincial de Huamanga.”

En razón de las disposiciones citadas y el contrato en mención, mediante Carta Notarial N° 36-2001-MPH/A se ha requerido a la Empresa de Transporte Cruz del Sur S.A.C para que sus unidades vehiculares no circulen ni ingresen al centro histórico de la ciudad a partir del 22 de noviembre del 2010, por no contar con licencia de funcionamiento de embarque y desembarque.

Sobre el particular, cabe señalar que el INDECOPI ha calificado como un desconocimiento ilegal de derechos o intereses conferidos por actos administrativos, a los actos por los cuales las autoridades indirectamente revocaron tales prerrogativas. Es decir, cuando la revocación se produjo a través de vías no previstas en los artículos 203° y 205° de la LPAG. En estos casos, la autoridad, sin revocar expresamente, realizó actos que materialmente impidieron el ejercicio de los derechos e intereses otorgados a los particulares.¹⁷

En el caso concreto, se aprecia que la Empresa de Transportes Cruz del Sur S.A.C cuenta con una licencia de funcionamiento para el embarque y desembarque de pasajeros y cargas vigente desde el 2004;¹⁸ por tanto, el cambio de zonificación, en principio, no le es oponible, sino sólo después de transcurrido 5 años de producido el cambio, esto es, el 2014.

¹⁷ Resolución N° 1535-2010/SC1-INDECOPI. *Op. Cit.*, F N° 53.

¹⁸ Según se aprecia de los documentos que obran en el expediente el 28 de febrero del 2003, obtuvo, por parte de la municipalidad provincial de Huamanga, licencia de funcionamiento, para el giro de venta de pasajes, giros, encomiendas y cafetería, mientras que el 08 de septiembre del 2004, obtuvo licencia para el giro de transporte de pasajeros, venta de pasajes, giros, encomiendas, cafetería, embarque y desembarque de pasajeros y cargas.

Asimismo, el mecanismo válido para proceder a dejarla sin efecto es el procedimiento de revocación, previsto en los artículos 203° y 205° de la LPAG. La declaración de área saturada tampoco justifica el desconocimiento de la autorización otorgada, sin seguir previamente el indicado procedimiento.

En razón de ello, la comunicación contenida en la carta notarial cursada a la Empresa de Transportes Cruz del Sur, mediante la cual se prohíbe la circulación e ingreso de sus unidades vehiculares al centro histórico de la ciudad a partir del 22 de noviembre del 2010, en los hechos implica una revocación indirecta de la licencia de funcionamiento de embarque y desembarque con la que cuenta esta empresa, situación que deviene en ilegal.

La Defensoría del Pueblo si bien se encuentra a favor y reconoce los esfuerzos de la municipalidad para organizar adecuadamente el uso del suelo, el transporte público y el tránsito de vehículos en la ciudad, es indispensable que para dejar sin efecto una licencia de funcionamiento se respete la ley y se provea lo necesario para resguardar los derechos del afectado con la medida.

De otro lado, corresponde determinar si el estudio elaborado por la Consultora LUZ AMBAR, y qué sirvió de base para la declaración de áreas saturadas en la ciudad de Ayacucho, tal como se advierte en la parte considerativa de la Ordenanza N° 032-2009-MPH/A, constituye un estudio técnico.

Este estudio, denominado *“Diagnóstico y planteamiento de soluciones al transporte público de la ciudad de Ayacucho”*¹⁹ fue elaborado por la Consultora LUZ AMBAR en marzo del 2009, a solicitud de la municipalidad provincial de Huamanga, y como se señala en su Capítulo III “Diagnóstico del sistema actual del transporte Público”, 3.1 “Oferta de Rutas de Transporte, 3.1.1.Introducción:

“...de acuerdo con las autoridades municipales de la provincia, dado el exiguo plazo y condiciones generales de la contratación, el presente Estudio tiene un enfoque de carácter general y principista, que proporcione derroteros y perspectivas para señalar la problemática y principales vía de solución, cuyo detalle correspondería desarrollar en posteriores intervenciones generales.”²⁰

Asimismo, en el punto 3.4. Demanda del servicio de transporte, b. Características de los viajes, se indica:

“En una investigación más profunda, se deberá identificar las cantidades de viajes por habitante y por día, los tipos de vehículos que utilizan, públicos o privados, los viajes a pie y en bicicleta, etc. Por muestreo, a fin de derivar la verdadera demanda y sus proyecciones a futuro”.²¹

¹⁹ Este estudio fue alcanzado a la Oficina Defensorial de Ayacucho durante la vista realizada el 06 de diciembre del 2010.

²⁰ Ver pág. 19 del estudio.

²¹ Ver pág. 40 del estudio.

Dentro de este marco, en el punto 3.5. Operación del sistema de transporte actual, f. Estacionamiento, se indica que “sobre la Av. Mariscal Cáceres altura terminal de la empresa Cruz del Sur se ha identificado vehículos que prestan servicio de taxi estacionado en ambos lados de la vía reduciendo la capacidad vial y entorpeciendo las maniobras de aquella”²² sin precisar el número de taxis y la hora en que se presenta la congestión.

Finalmente, en el Capítulo VI “*Conclusiones y Recomendaciones*”, que se cita para sustentar la declaración de área saturada de algunas vías de la ciudad de Ayacucho, se deja claramente establecido que “por su alcance restringido (duración y recursos) es una primera aproximación analítica y propositiva”,²³ y que “sólo un enfoque de mayor profundidad será capaz de detectar la esencia de la problemática y vías para su superación”.²⁴

En este orden de ideas, el diagnóstico de la Consultora LUZ AMBAR, que sirvió de base para la declaración de área saturada del casco urbano de la ciudad de Ayacucho, contiene una motivación insuficiente para ser considerado un estudio técnico que justifique la declaración de saturación vial. Por el contrario, tal como el propio diagnóstico lo reconoce, se trata de una primera aproximación, que requiere de un enfoque de mayor profundidad, en el que se aborde los problemas y el impacto del transporte público en la ciudad así como los problemas de tránsito (congestión, señalización, entre otros).

Ahora bien, aún cuando el mencionado informe hubiese constituido un estudio técnico que sustente la declaración de saturación vial en el casco urbano de la ciudad de Ayacucho, **ello no justifica el desconocimiento de licencias de funcionamiento por parte la municipalidad provincial de Huamanga, sin seguir el procedimiento de revocación.**

Es de precisar que el informe N° 119-2010-MPH/MPH/SGDC, del 19 de noviembre del 2010, elaborado por la Sub Gerencia de Defensa Civil de la municipalidad provincial de Huamanga, que concluye, entre otros aspectos, que: “Todas las empresas de transporte inspeccionadas generan una grave contaminación ambiental de monóxido de carbono, ruidos y sonidos que sobrepasan los 90 decibeles y que generan un caos vehicular en horas punta, creando un peligro para sus pasajeros puesto que embarcan y desembarcan en plena vía pública donde se producen asaltos a la vista y paciencia de los transeúntes”, tampoco constituye un estudio técnico.

III. CONCLUSIONES

3.1. Los cambios de zonificación no pueden ser impuestos al titular de una licencia de funcionamiento, sino luego de transcurridos cinco (5) años desde que se

²² Ver pág. 47 del estudio.

²³ Ver pág. 64 del estudio.

²⁴ *Ibidem*.

produjo el cambio [no desde que se obtuvo la licencia], salvo que exista una situación de riesgo debidamente acreditada con una opinión de la autoridad competente, lo cual faculta a la municipalidad a reducir dicho plazo. En tal sentido, al haberse modificado la zonificación en el 2009 y contar la Empresa de Transportes Cruz del Sur S.A.C con licencia desde el 2004, el citado cambio, en principio, sólo le podría ser oponible en el 2014 bajo fundamentos legales.

- 3.2. Si bien la municipalidad provincial tiene la potestad para declarar un área saturada, el ejercicio de esta facultad se sujeta a la existencia de un estudio técnico, cuyas conclusiones deben estar motivadas. Por consiguiente, no es suficiente señalar la existencia de congestión vehicular sin analizar las variables que conllevaron a tal conclusión: flujo vehicular, cantidad de unidades autorizadas a dicha fecha, demanda del servicio de transporte, número de viajes realizados, entre otros elementos necesarios.²⁵
- 3.3. El cambio de zonificación y el vencimiento del plazo de su no oponibilidad al titular de una licencia de funcionamiento, así como la declaración de un área saturada, no son suficientes para dejar sin efecto una autorización válidamente emitida. El mecanismo para dejarla sin efecto, en base a dicha razones, **es el procedimiento de revocación**, previsto en los artículos 203° y 205° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

En razón de ello, al no haberse seguido dicho procedimiento, la comunicación contenida en la Carta Notarial N° 36-2001-MPH/A que prohíbe a la Empresa de Transportes Cruz del Sur, la circulación e ingreso de sus unidades vehiculares al centro histórico de la ciudad a partir del 22 de noviembre del 2010, en los hechos **deviene en ilegal**.

- 3.4. El diagnóstico de la Consultora LUZ AMBAR, que sirvió de base para la declaración de áreas y vías saturadas en la ciudad de Ayacucho, mediante Ordenanza N° 032-2009-MPH/A, del 27 de octubre del 2009, contiene una **motivación insuficiente** para ser considerado un estudio técnico que justifique la declaración de saturación vial.

IV. RECOMENDACIONES

- 4.1. A la municipalidad provincial de Huamanga **abstenerse** de prohibir la circulación e ingreso de vehículos de la Empresa de Transportes Cruz del Sur S.A.C al centro histórico de la ciudad de Ayacucho, por carecer de sustento legal dicha actuación; y, consecuentemente, constituir una barrera burocrática ilegal.

²⁵ Ver Resolución N° 1535-2010/SC1-INDECOPI, recaída en el Expediente 00037-2009/CEB, F N° 101.



Defensoría del Pueblo

- 4.4. A la municipalidad provincial de Huamanga **dejar sin efecto** la Ordenanza N° 032-2009-MPH/A, del 27 de octubre del 2009, que declara áreas saturadas en el casco urbano de la ciudad de Ayacucho, pues no cuenta con el respaldo de un estudio técnico, para arribar a tal conclusión. A su vez, **disponer** la realización del citado estudio técnico, teniendo en cuenta lo señalado en el presente informe

Lima, 17 de diciembre del 2010

EFZ/epypc