



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sala Segunda. Sentencia 1363/2023

EXP. N.º 00872-2022-PA/TC
CUSCO
MARIO VARGAS FLORES

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 7 días del mes de julio de 2023, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Gutiérrez Ticse, Morales Saravia y Domínguez Haro, pronuncia la siguiente sentencia. Los magistrados intervinientes firman digitalmente en señal de conformidad con lo votado.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Mario Vargas Flores contra la resolución de fojas 135, de fecha 13 de diciembre de 2021, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

El 27 julio de 2021 (folio 41), don Mario Vargas Flores interpuso demanda de amparo contra don Manuel Zegarra Díaz, gerente de Desarrollo Urbano y Rural; y don Leonel A. Meneses Yépez, ejecutor coactivo, ambos funcionarios de la Municipalidad Distrital de San Sebastián, con citación del alcalde de dicha comuna, a fin de que se declare nula la Resolución de Gerencia 160-2016-GDU-MDSS, de fecha 13 de julio de 2016, se disponga la suspensión del Proceso coactivo 52-2018-GDUR y se aplique a los emplazados la remisión de los actuados pertinente al fiscal provincial en lo penal para la apertura del proceso penal, la imposición de una multa sucesiva y acumulativa, así como la destitución de los cargos que ostentan los demandados, más el pago de costas y costos.

Refiere que a través de la resolución cuestionada la Gerencia emplazada le impuso dos multas ascendentes a S/.41,580.00 —por realizar construcciones en áreas que no cuentan con habilitaciones urbanas (S/. 3,080.00) y en zonas de protección ambiental declaradas de alto riesgo e inhabitables (S/. 38,500.00)—, por lo que le ordenó paralizar y demoler las construcciones ilegalmente edificadas en su predio, ubicado en el Sector UNUHUAYCCO-RETAMAYOC B-2 del distrito de San Sebastián, Cusco. Aduce que tanto la multa como la citada medida correctiva se sustentan en las Ordenanzas Municipales 009-2009-MDSS-SG y 009-2012-CM-MDSS-SG, que no han sido publicadas, por lo que jurídicamente son inexistentes. Precisamente por ello no puede exigírsele su cumplimiento, ni las consecuencias derivadas de no haberlas acatado. Por lo tanto, considera que se ha inobservado su derecho fundamental a la autodeterminación personal



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00872-2022-PA/TC
CUSCO
MARIO VARGAS FLORES

regulado en el literal a del numeral 24 del artículo 2 de la Constitución, porque *“Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”*, y que se han lesionado sus derechos de propiedad, al debido proceso y a la tutela efectiva.

Agrega que, aunque ha solicitado la nulidad de la Resolución de Gerencia 160-2016-GDU-MDSS, la Municipalidad de San Sebastián no ha cumplido con resolver su pedido.

Mediante Resolución 1 (folio 51), de 27 de julio de 2021, el Quinto Juzgado Civil de Cusco admitió a trámite la demanda.

El 12 de agosto de 2021 (folio 66), la Procuraduría Pública de la Municipalidad Distrital de San Sebastián se apersonó al proceso y solicitó que la demanda sea declarada improcedente en todos sus extremos. Señaló que la Resolución de Gerencia 160-016-GDU-MDSS no fue impugnada en sede administrativa, conforme a los recursos contemplados en el Texto Único Ordenado de la Ley 27444, por lo que cualquier pretensión de nulidad ha caducado por haber transcurrido más de cinco años. Por esa razón, contrariamente a lo esgrimido por la parte accionante, alega que no es cierto que el acto administrativo objeto de ejecución coactiva no sea firme. Asimismo, manifestó que su pretensión debió ser canalizada, en todo caso, en el marco de un proceso contencioso-administrativo y no en la vía del amparo, que es residual.

A través de la Resolución 4 (folio 73), de 26 de agosto de 2021, el Quinto Juzgado Civil de Cusco declaró improcedente la demanda. En cuanto a la nulidad de la Resolución de Gerencia 160-016-GDU-MDSS, señaló que al no haberla impugnado, ni haber demostrado encontrarse incurso en alguna causal que lo exima de agotarla, dicha resolución tiene la calidad de cosa decidida, por lo que no puede ser revisada mediante el amparo. En cuanto al pedido de suspensión de la ejecución coactiva, dado que la citada resolución de gerencia tiene la calidad de consentida, tampoco cabe pedir la mencionada suspensión.

Mediante Resolución 8, de 13 de diciembre de 2021 (folio 135), la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco confirmó la Resolución 4, por estimar que la controversia debe dilucidarse en un proceso contencioso-administrativo.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00872-2022-PA/TC
CUSCO
MARIO VARGAS FLORES

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El recurrente solicita que se declare nula la Resolución de Gerencia 160-2016-GDU-MDSS, de fecha 13 de julio de 2016, se disponga la suspensión del Proceso Coactivo 52-2018-GDUR y se aplique a los emplazados la remisión de los actuados pertinente al fiscal provincial en lo penal para la apertura del proceso penal, la imposición de una multa sucesiva y acumulativa, así como la destitución de los cargos que ostentan los demandados, más el pago de costas y costos.
2. En el presente caso, el proceso de amparo es la vía idónea para evaluar la controversia, dado que existe riesgo de irreparabilidad de los derechos invocados como consecuencia de la ejecución coactiva de la resolución cuestionada por encontrarse vinculada a un mandato de demolición de la construcción realizada por el recurrente dentro de su propiedad.

Análisis de la controversia

3. En anterior pronunciamiento sobre la publicidad de las normas, este Tribunal ha enfatizado que «[...] la publicidad de las normas es una garantía esencial en todo Estado Constitucional de Derecho, puesto que el cumplimiento de las exigencias de publicidad del referido principio permite determinar la vigencia de las normas, así como garantizar la seguridad jurídica en todo ordenamiento constitucional. Por ello, le corresponde a este Tribunal, como garante de la supremacía constitucional, en el análisis de constitucionalidad formal, determinar si la publicación de las leyes o normas con rango de ley cumplen con las exigencias constitucionales del principio de publicidad de las normas (Sentencia 339/2020, emitida en el Expediente 00001-2017-PI/TC, fundamentos 59 y 60)».
4. El artículo 51 *in fine* de la Constitución dispone que «La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado», mientras que el artículo 109 de la Constitución establece que «La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte».
5. Este Tribunal en anteriores oportunidades ha argumentado que «(...) de una interpretación sistemática del artículo 51, *in fine*, y del artículo 109 de la Constitución, la publicación determina la eficacia, vigencia y



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00872-2022-PA/TC
CUSCO
MARIO VARGAS FLORES

obligatoriedad de la norma, pero no determina su constitución, pues ésta tiene lugar con la sanción del órgano que ejerce potestades legislativas. Por lo tanto, una ley que no haya sido publicada, sencillamente es ineficaz, pues no ha cobrado vigencia» (Cfr. sentencia dictada en el Expediente 00021-2003-AI/TC, fundamento jurídico 3).

6. En el ámbito de los Gobiernos municipales, el artículo 44 de la Ley Orgánica de Municipalidades n.º 27972 precisa que “no surten efecto las normas de gobierno municipal que no hayan cumplido con el requisito de publicación o difusión”. Por tanto, la condición de vigencia de una ordenanza municipal en nuestro ordenamiento es que esta haya sido debidamente publicada.
7. Sobre dicho artículo, este Tribunal en fundamento 36 de la Sentencia 339/2020, emitida en el Expediente 00001-2017-PI/TC, señaló lo siguiente:

[...] las ordenanzas municipales del departamento de Lima y la provincia del Callao sean publicadas en el diario oficial El Peruano; sin embargo, en el caso de las ordenanzas de las municipalidades fuera del territorio señalado, deberán ser publicadas en los siguientes medios:

- a) en el diario encargado de las publicaciones judiciales de cada jurisdicción en el caso de las municipalidades distritales y provinciales de las ciudades que cuenten con tales publicaciones, o en otro medio que asegure de manera indubitable su publicidad;
- b) en los carteles municipales impresos, fijados en lugares visibles y en locales municipales, de los que dará fe la autoridad judicial respectiva, en los demás casos;
- c) en los portales electrónicos, en los lugares en que existan.

Desarrollando el alcance de lo regulado por el artículo 44 de la LOM, en la misma sentencia también expresó que

A partir de lo expuesto supra, se advierte que el inciso "a" del artículo 44 de la LOM admite la posibilidad de publicar las ordenanzas municipales en un medio distinto al encargado de las publicaciones judiciales en el distrito judicial, siempre que en esa jurisdicción no exista tal medio. (fundamento 51).

(...)

Por otro lado, el inciso 'c' del artículo 44 de la LOM estipula que las municipalidades que cuenten con página web deberán publicar sus ordenanzas a través de ella, además de las exigencias del inciso 'a' de la referida disposición.

Al respecto, este Tribunal tiene resuelto en su jurisprudencia que la publicación en la página web de las normas será acorde con el principio de publicidad de las normas, siempre que se cumplan con las siguientes exigencias:

- a. Exista un link en la página web inicial, de la institución estatal correspondiente [...].



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00872-2022-PA/TC
CUSCO
MARIO VARGAS FLORES

- b. Dicho anuncio sea lo suficientemente notorio y de fácil acceso, permita a todos los ciudadanos informarse sin mayores dificultades [...]
- c. La página web, precise de manera clara y notoria la fecha en que se publicó en la web [...] [Sentencia 00021-2010-P1/TC, fundamento 21] (fundamentos 53 y 54).

8. En el caso *sub examine*, el Tribunal Constitucional, mediante decreto de fecha 14 de julio de 2022, solicitó a la demandada la remisión de la notificación de la Resolución de Gerencia 000160-016-GDUR-MDSS al recurrente y precisar si las Ordenanzas Municipales 009-2009-MDSS-GG y 009-2012-CM-MDSS-SG fueron publicadas. En una segunda oportunidad, mediante decreto de fecha 24 de noviembre de 2022, volvió a solicitar la información de las mencionadas ordenanzas municipales, bajo apercibimiento de tomar como cierto lo afirmado por el recurrente.
9. Ante ello, la demandada, mediante escrito 007218-22-ES, presentado el 19 de diciembre de 2022, señaló lo siguiente: «Se encuentro (sic) en físico la Ordenanza Municipal N° 009-2012-CM-MDSS-SG, de 21 de mayo, sin embargo, no se logró ubicar la Ordenanza Municipal N° 009-2009-MDSS-SG, asimismo de la Ordenanza Municipal N° 009-2012-CM-MDSS-SG, no se encontró dicha publicación».
10. En consecuencia, de la propia respuesta de la demandada se advierte que no se ha encontrado la publicación de la Ordenanza Municipal 009-2012-CM-MDSS-SG ni tampoco copia de la Ordenanza Municipal 009-2009-MDSS-SG, ni mucho menos su fecha de publicación. En ese sentido, dichos documentos normativos municipales no han cumplido el requisito de publicidad exigido por la Constitución y la Ley Orgánica de Municipalidades, para toda norma con rango de ley, razón por la cual carecen de efectos en nuestro ordenamiento jurídico.
11. En dicho contexto, cualquier actuación que se sustente en las Ordenanzas Municipales 009-2009-MDSS-GG y 009-2012-CM-MDSS-SG también carece de eficacia jurídica. Por tanto, la Resolución de Gerencia 000160-2016-GDYR-MDSS, de fecha 13 de julio de 2016, que sanciona al recurrente, no puede desplegar efectos jurídicos válidos, dado que se sustenta en ordenanzas que no se encuentran vigentes en nuestro ordenamiento jurídico. Por esta misma razón, todo acto que pretenda cumplir lo ordenado por la mencionada resolución de gerencia carece de validez jurídica y es nulo de pleno derecho, por contravenir el principio de publicidad de las normas legales dispuesto por el artículo 109 de la Constitución y el artículo 44 de la Ley Orgánica de Municipalidades.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00872-2022-PA/TC
CUSCO
MARIO VARGAS FLORES

12. Asimismo, conforme al artículo 28 del Nuevo Código Procesal, al haberse estimado la demanda, se debe condenar a la demandada al pago de los costos procesales.
13. Finalmente, y en cuanto al extremo referido a remitir los actuados al Ministerio Público, se imponga multas a los emplazados y se disponga la destitución de sus cargos, este Tribunal considera que tales extremos de la demanda deben ser desestimados, dado que corresponde, en primer lugar, que en sede administrativa disciplinaria se determine si existieron o no responsabilidades funcionales por la ausencia de publicación de las aludidas ordenanzas municipales.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda por haberse dictado actos municipales en contravención del principio de publicidad de las normas legales contenido en el artículo 109 de la Constitución y el artículo 44 de la Ley Orgánica de Municipalidades y, por consiguiente, por haberse vulnerado los derechos invocados.
2. Declarar la **NULIDAD** de pleno derecho de la Resolución de Gerencia 000160-2016-GDYR-MDSS, por sustentarse en ordenanzas municipales no vigentes en el ordenamiento jurídico, así como la nulidad del Proceso Coactivo 52-2018-GDUR.
3. **CONDENAR** a los emplazados al pago de costos a favor del demandante, los cuales deberán ser liquidados en la etapa de ejecución de sentencia.
4. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en lo demás que contiene.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**GUTIÉRREZ TICSE
MORALES SARAVIA
DOMÍNGUEZ HARO**

PONENTE DOMÍNGUEZ HARO