



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI



CARTA EXTERNA Nro.
35561 - 2017
Secretaría General

Solicitante : INDECOPI
Asunto : CEDULA DE NOT. 2797-2017-C
Folios : 25
Observaciones :

"AÑO DEL BUEN SERVICIO AL

CEDULA DE NOTIFICACION N°

Registrado por: ECANEPA el 16-10-2017 13:24:59
U Organica : ADMINISTRACION DOCUMENTARIA

Lima, 11 de octubre de 2017

Exp. N° 000232-2017/CEB

Señora
MARIELA GONZALEZ ESPINOZA
PROCURADORA PUBLICA MUNICIPAL DE LA MUNICIPALIDAD
DISTRITAL DE MIRAFLORES
AV. LARCO N° 400
Miraflores.-



De nuestra consideración:

Sírvanse encontrar adjunto a la presente copia de la Resolución N° 559-2017/CEB-INDECOPI, emitida por la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi.

Atentamente,

COMISION DE ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS


LUIS FERNANDO MARCELO GORRIO
Secretario Técnico (e)

Adj.: - Copia Resolución N° 559-2017/CEB-INDECOPI.
LA MISMA QUE TIENE UN TOTAL DE 24 FOJAS

Nota:

1. La resolución que se notifica ha sido expedida por la Secretaría Técnica/Comisión en el marco del procedimiento de identificación de barreras burocráticas, regulado por el Decreto Legislativo N° 1256.
2. La resolución que se notifica surte efectos el día de su notificación y no agota la vía administrativa.
3. **Procede la interposición de recurso de apelación ante la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas dentro de los 15 (quince) días hábiles de notificado.**

PZM/



M-CEB-08/02



Resolución

N° 0559-2017/CEB-INDECOPI

Lima, 10 de octubre de 2017

EXPEDIENTE N° 000232-2017/CEB
DENUNCIADA : MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MIRAFLORES
DENUNCIANTE : LIQUID COMPANY S.A.C.
RESOLUCIÓN FINAL

SUMILLA: Se declara barrera burocrática carente de razonabilidad la restricción horaria de funcionamiento (horario especial), establecida en el literal c) del artículo 55° de la Ordenanza N° 389-MM, materializada en la Papeleta de Prevención N° 001633 y en el Acta de Fiscalización N° 002160.

La Municipalidad Distrital de Miraflores no ha presentado la información que permita demostrar la razonabilidad de establecer la mencionada restricción, en salvaguarda del orden público, la seguridad ciudadana, la tranquilidad y la salud de los vecinos debido al funcionamiento de establecimientos como el de Liquid Company S.A.C.; de acuerdo a lo previsto en el artículo 18° del Decreto Legislativo N° 1256.

De conformidad con lo establecido en el artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1256, se dispone la inaplicación de la restricción horaria de funcionamiento (horario especial), establecida en el literal c) del artículo 55° de la Ordenanza N° 389-MM, materializada en la Papeleta de Prevención N° 001633 y en el Acta de Fiscalización N° 002160.

El incumplimiento del mandato de inaplicación dispuesto en la presente resolución podrá ser sancionado con una multa de hasta veinte (20) Unidades Impositivas Tributarias, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34° del Decreto Legislativo N° 1256.

Se dispone como medida correctiva que de conformidad con el numeral 2) del artículo 43° y el numeral 44.2) del artículo 44° del Decreto Legislativo N° 1256, la Municipalidad Distrital de Miraflores informe a los administrados acerca de la barrera burocrática declarada carente de razonabilidad en el presente procedimiento, en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles de notificada la resolución que declare firme esta resolución.

Resolución

El incumplimiento de la medida correctiva^{Nº} dispuesta en la presente resolución podrá ser sancionado con una multa de hasta veinte (20) Unidades Impositivas Tributarias, de conformidad con el artículo 36^{da} del Decreto Legislativo N° 1256.

Finalmente, informar que, de acuerdo con el artículo 42° del Decreto Legislativo N° 1256, el procurador público o el abogado defensor de la Municipalidad Distrital de Miraflores tiene la obligación de remitir una copia de la presente resolución, luego de que haya quedado consentida, al titular de la entidad y a la Secretaría General, o quien haga sus veces, para conocimiento de sus funcionarios y/o servidores públicos.

La Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas:

I. ANTECEDENTES:

A. La denuncia:

1. Mediante el escrito del 15 de junio de 2017, Liquid Company S.A.C. (en adelante, la denunciante) interpuso una denuncia contra la Municipalidad Distrital de Miraflores, (en adelante, la Municipalidad), por la imposición de una barrera burocrática presuntamente ilegal y/o carente de razonabilidad originada en la restricción horaria de funcionamiento (horario especial) establecida en el literal c) del artículo 55° de la Ordenanza N° 389-MM, que regula las licencias de funcionamiento, autorizaciones derivadas, autorizaciones conexas y autorizaciones temporales (en adelante, la Ordenanza N° 389-MM), materializada en la Papeleta de Prevención N° 001633 y en el Acta de Fiscalización N° 002160.
2. Fundamentó su denuncia en los siguientes argumentos:
 - (i) La denunciante conduce un establecimiento comercial dedicado a los giros de «Restaurante» y «Bar». Con la finalidad de realizar sus actividades económicas, utiliza el local ubicado en la Calle Francisco de Paula Camino N° 280 en el distrito de Miraflores.
 - (ii) Se le otorgó el Certificado de Licencia Municipal de Funcionamiento N° 037732 para desarrollar los giros de «Restaurante» y «Bar» y con la Licencia Especial de Funcionamiento N° 00299, para los mismos giros, se le autorizó a funcionar después de las 23:00 horas.
 - (iii) Mediante la imposición de la Papeleta de Prevención N° 001633 y el Acta


de Fiscalización N° 002160, ambas de fecha 13 de abril de 2017, la Municipalidad, a través de su personal de fiscalización y control, se encontraba exigiéndole que cierre su local comercial a las 03:00 horas, afectando gravemente su funcionamiento.

(iv) La barrera burocrática cuestionada en el presente procedimiento es carente de razonabilidad, en la medida que:

- La restricción horaria para el funcionamiento de su establecimiento comercial resulta discriminatoria, debido a que ha sido emitida sin contar con fundamentos técnicos que motiven una restricción para el funcionamiento de los establecimientos comerciales con los giros "Restaurante" y "Bar", sin que constituya una solución para el problema social de pandillaje, delincuencia juvenil, ruidos molestos y/o afines.
- Es una medida arbitraria, considerando que la Municipalidad no ha demostrado que la restricción plasmada en el literal c) del artículo 55° de la Ordenanza N° 389-MM, haya sido dictada en salvaguarda de la seguridad y tranquilidad pública.
- Es excesiva, ya que, si bien el Tribunal Constitucional ha señalado que la restricción horaria de funcionamiento o ventas de licor dictados por las municipalidades distritales constituye una medida idónea para resolver problemas de seguridad o de comisión de delitos en sus jurisdicciones, la Municipalidad no ha acreditado que la restricción impuesta, haya sido originada a efectos de tutelar el "interés público".

B. Admisión a trámite:

3. Mediante la Resolución N° 0458-2017/STCEB-INDECOPI del 20 de julio de 2017, se admitió a trámite la denuncia y se concedió a la Municipalidad un plazo de cinco (5) días hábiles para que formule sus descargos. Dicha resolución fue notificada a la Municipalidad y a su Procuraduría Pública el 1 de agosto de 2017 y a la denunciante el 2 de agosto de 2017, conforme consta en los cargos de las cédulas de notificación respectivas¹.


¹ Cédulas de Notificación N° 2062-2017/CEB (dirigida a Liquid Company), N° 2063-2017/CEB (dirigida a la Municipalidad) y N° 2064-2017/CEB (dirigida a la Procuraduría Pública).

C. Contestación de la denuncia:

4. El 8 de agosto de 2017 la Municipalidad presentó sus descargos con base en los siguientes fundamentos:
- (i) Se encuentra legalmente facultada para emitir regulaciones que establezcan horarios de funcionamiento aplicables a los establecimientos que operan en su ámbito territorial, tal como lo es la Ordenanza N° 389-MM. Bajo tales atribuciones, procedió a fiscalizar el establecimiento comercial de la denunciante emitiendo el Acta de Fiscalización N° 002160 y mediante Papeleta N° 001633 le informó sobre la comisión de la infracción administrativa tipificada con el Código 07-102² de su Cuadro de Infracciones y Sanciones Administrativas³.
 - (ii) Preciso que, la licencia de funcionamiento especial de la denunciante se encontraba sujeta a la Ordenanza N° 24-MM, cuyo artículo quinto refería que los establecimientos comerciales con licencias especiales y dedicadas a la venta de bebidas alcohólicas, se encontraban sujetos a una reinscripción de licencia anual. La denunciante no cumplió con realizar la reinscripción respectiva, por lo que su certificado de licencia de funcionamiento especial no se encontraba vigente. Agregó que el certificado de licencia de funcionamiento especial no autorizaba el funcionamiento de la actividad económica, solo ampliaba el horario de atención.
 - (iii) En mérito de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, las autoridades sectoriales son responsables de normar y controlar los ruidos y vibraciones de las actividades que se encuentran bajo su regulación, teniendo que el artículo 11°, faculta a las municipalidades a realizar inspecciones que aseguren su cumplimiento, por lo que la medida más idónea y eficaz para controlar el consumo de alcohol es a través de la restricción horaria.
 - (iv) Indicó que la restricción horaria establecida en el literal c) del artículo 55° de la Ordenanza N° 389-MM:
 - Cautela el interés público y es la opción menos gravosa, ya que la Municipalidad pudo haber recurrido a otros instrumentos legales, de

² Por desarrollar actividades comerciales fuera del horario permitido para su funcionamiento.

³ Aprobado mediante la Ordenanza N° 480-MM, publicada en el diario oficial «El Peruano» el 27 de setiembre de 2017.

mayor eficacia jurídica, con la finalidad de amparar el orden público, la seguridad ciudadana, la tranquilidad y salud de sus vecinos.

- Es idónea y proporcional, debido a que -en tanto el ejercicio de la libertad de empresa no debe ser lesivo a la moral, a la salud o a la seguridad pública-, únicamente precisa los límites dentro de los que la denunciante debe actuar.

II. ANÁLISIS:

A. Competencia de la Comisión y metodología de análisis del caso:

5. El artículo 6° del Decreto Legislativo N° 1256, que aprueba la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas⁴, establece que la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (en adelante, la Comisión) es competente para conocer los actos administrativos, disposiciones administrativas y actuaciones materiales, incluso del ámbito municipal o regional, que impongan barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad⁵.
6. Al respecto, cabe indicar que de conformidad con el inciso 3) del artículo 3° del Decreto Legislativo N° 1256, constituye una barrera burocrática toda *exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro que imponga cualquier entidad, dirigido a condicionar, restringir u obstaculizar el acceso y/o permanencia de los agentes económicos en el mercado y/o que puedan afectar a administrados en la tramitación de procedimientos administrativos sujetos a las normas y/o principios que garantizan la simplificación administrativa.*
7. Para efectuar la presente evaluación se toma en consideración lo dispuesto en los artículos 14° al 18° del Decreto Legislativo N° 1256. En ese sentido, corresponde analizar si las barreras burocráticas cuestionadas son legales o ilegales y, de ser el caso, si son razonables o carentes de razonabilidad⁶.

⁴ Publicado en el diario oficial El Peruano el 8 de diciembre de 2016.

⁵ Decreto Legislativo N° 1256, que aprueba la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas
Artículo 6. - Atribuciones de las autoridades en materia de eliminación de barreras burocráticas
6.1. De la Comisión y la Sala

La Comisión y la Sala en segunda instancia, son competentes para conocer los actos administrativos, disposiciones administrativas y actuaciones materiales, incluso del ámbito municipal o regional, que impongan barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad. Asimismo, son competentes para velar por el cumplimiento de las disposiciones sobre la materia establecidas en los Decretos Legislativos N° 283, 668, 757 y el artículo 61 del Texto Único Ordenado de la Ley de Tributación Municipal, así como las normas reglamentarias pertinentes, o las normas que las sustituyan. Ninguna otra entidad podrá arrogarse estas facultades. Sus resoluciones son ejecutables cuando hayan quedado consentidas o sean confirmadas por la Sala, según corresponda de conformidad con lo establecido en el artículo 32 de la presente Ley.
[...]

⁶ De acuerdo con la metodología contenida en el Decreto Legislativo N° 1256, la Comisión analiza:

B. Cuestión Previa:

8. La Municipalidad ha señalado que la licencia de funcionamiento especial de la denunciante se encontraba sujeta a la Ordenanza N° 24-MM⁷, cuyo artículo quinto refería que los establecimientos comerciales con licencias especiales y dedicadas a la venta de bebidas alcohólicas, se encontraban sujetos a una reinscripción de licencia anual.
9. Asimismo, indicó que la denunciante no cumplió con realizar la reinscripción respectiva, por lo que su certificado de licencia de funcionamiento especial no se encontraba vigente. Agregó que el certificado de licencia de funcionamiento especial no autorizaba el funcionamiento de la actividad económica, solo ampliaba el horario de atención.
10. De acuerdo al artículo 3° del Decreto Legislativo N° 1256, una barrera burocrática es aquella exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro que imponga cualquier entidad, dirigido a condicionar, restringir u obstaculizar el acceso y/o permanencia de los agentes económicos en el mercado.
11. Por su parte, según el artículo 6° del Decreto Legislativo N° 1256, la Comisión es competente para conocer barreras burocráticas, tales como las disposiciones de las entidades de la Administración Pública, que imponen prohibiciones (entre otras) para la realización de actividades económicas.
12. Sobre el particular corresponde precisar que el cuestionamiento efectuado por la denunciante y plasmado en la admisión a trámite de la denuncia, es abstracto. Ello, debido a que se ha cuestionado la restricción horaria establecida en el literal c) del artículo 55° de la Ordenanza N° 389-MM, materializada en la Papeleta de Prevención N° 001633 y el Acta de Fiscalización N° 002160, sin que la restricción horaria al funcionamiento se hubiera materializado en la Licencia Especial de Funcionamiento N° 00299.
13. De ese modo, se ha verificado que independientemente de la vigencia del Certificado de Licencia Especial de Funcionamiento N° 00299 -a través de una

(i) La legalidad de la medida cuestionada, en atención a las atribuciones y competencias de la entidad que la impone, al marco jurídico promotor de la libre iniciativa privada y la simplificación administrativa; y, a si se han observado las formalidades y procedimientos establecidos por las normas aplicables al caso concreto para su imposición.

(ii) La razonabilidad de la referida medida, lo que implicar evaluar si se justifica en un interés público cuya tutela haya sido encargada a la entidad que la impone y si es idónea para brindar para brindar solución al problema y/u objetivo considerado(s) para su aplicación, así como si es proporcional respecto del interés público fijado y si es la opción menos gravosa que existe para tutelar el interés público.

⁷ Derogada por la Segunda Disposición Final de la Ordenanza N° 225, publicada el 11 marzo 2006.

disposición-, la restricción cuestionada ha sido impuesta a la denunciante. Por lo tanto, al encontrarse dicha medida comprendida dentro de la noción de barrera burocrática que incide en las actividades económicas que brinda la denunciante en el mercado, es posible que pueda ser conocida por este colegiado.

14. En ese sentido, aun cuando la denunciante no hubiera cumplido con llevar a cabo la reinscripción de la Licencia Especial de Funcionamiento N° 00299, y no se encontrase vigente, tal situación no alteraría el análisis respecto de la identificación de la restricción horaria de funcionamiento, toda vez que la misma se encuentra plasmada en el literal c) del artículo 55° de la Ordenanza N° 389-MM, la Papeleta de Prevención N° 001633 y el Acta de Fiscalización N° 002160. En consecuencia, corresponde desestimar los argumentos relacionados con la aseveración efectuada por la Municipalidad.

C. Cuestión controvertida:

15. Determinar si la restricción horaria de funcionamiento impuesta por la Municipalidad, establecida en el literal c) del artículo 55° de la Ordenanza N° 389-MM, materializada en la Papeleta de Prevención N° 001633 y en el Acta de Fiscalización N° 002160 constituye una barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad.

D. Evaluación de legalidad:

16. El numeral 3.6.4) del artículo 79° de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, dispone como función específica y exclusiva de las municipalidades distritales⁸ la de normar, regular y otorgar autorizaciones, derechos y licencias, y realizar la fiscalización de apertura de establecimientos comerciales, industriales y de actividades profesionales de acuerdo con la zonificación. Por su parte, el numeral 3.6) del artículo 83° del mismo marco normativo, establece como función específica y exclusiva de las municipalidades distritales la de otorgar licencias para la apertura de establecimientos comerciales, industriales y profesionales.

⁸ Al respecto, cabe precisar que si bien dicha disposición se encuentra dentro de las facultades otorgadas a las municipalidades distritales, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 3° de la Ley Orgánica de Municipalidades, las municipalidades provinciales tienen competencias distritales dentro de la zona del Cercado comprendida dentro de su provincia. Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N° 27972 Artículo 3.- Jurisdicción y Regímenes Especiales Las Municipalidades se clasifican en función de su jurisdicción y régimen especial, en las siguientes. En función de su jurisdicción: 1. La municipalidad provincial, sobre el territorio de la respectiva provincia y el distrito del cercado (...).

17. Por su parte, el numeral 7.1) del artículo 73° de la Ley N° 27972⁹ establece que los gobiernos locales tienen competencia para desarrollar planes de prevención, rehabilitación y lucha contra el consumo de drogas y alcoholismo. En concordancia con las facultades previstas en la Ley N° 27972, el artículo 3° de la Ley N° 28681, Ley que Regula la Comercialización, Consumo y Publicidad de Bebidas Alcohólicas, determina la posibilidad de que las municipalidades impongan restricciones al horario de funcionamiento de establecimientos que comercialicen bebidas alcohólicas¹⁰.
18. El artículo 40° de la Ley N° 27972 establece que las Ordenanzas son las disposiciones de carácter general de mayor jerarquía en la estructura normativa municipal, por medio de las que se aprueban las materias en las que la municipalidad tiene competencia normativa, entre otras¹¹.
19. El artículo 8° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, dispone que es válido el acto administrativo dictado conforme al ordenamiento jurídico¹².
20. De acuerdo a las funciones citadas se desprende que las municipalidades cuentan con potestades normativas y con potestades fiscalizadoras en materia de establecimientos comerciales, industriales y actividades profesionales en el distrito.

⁹ Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades
Artículo 73°.- Materias de Competencia Municipal
[...].

7. Prevención, rehabilitación y lucha contra el consumo de drogas

7.1 Promover programas de prevención y rehabilitación en los casos de consumo de drogas y alcoholismo y crear programas de erradicación en coordinación con el gobierno regional.

¹⁰ Ley N° 28681, Ley que Regula la Comercialización, Consumo y Publicidad de Bebidas Alcohólicas
Artículo 3°.- De la autorización

Sólo aquellos establecimientos debidamente autorizados por las municipalidades de su jurisdicción, podrán comercializar bebidas alcohólicas al público dentro del giro o modalidad y horario específico que se establezca en el reglamento y con las restricciones establecidas en ordenanzas municipales y en la presente Ley. [...].

¹¹ Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades
Artículo 40°.- Ordenanzas

Las ordenanzas de las municipalidades provinciales y distritales, en la materia de su competencia, son las normas de carácter general de mayor jerarquía en la estructura normativa municipal, por medio de las cuales se aprueba la organización interna, la regulación, administración y supervisión de los servicios públicos y las materias en las que la municipalidad tiene competencia normativa. Mediante ordenanzas se crean, modifican, suprimen o exoneran, los arbitrios, tasas, licencias, derechos y contribuciones, dentro de los límites establecidos por ley. Las ordenanzas en materia tributaria expedidas por las municipalidades distritales deben ser ratificadas por las municipalidades provinciales de su circunscripción para su vigencia. Para efectos de la estabilización de tributos municipales, las municipalidades pueden suscribir convenios de estabilidad tributaria municipal; dentro del plazo que establece la ley. Los conflictos derivados de la ejecución de dichos convenios de estabilidad serán resueltos mediante arbitraje.

¹² Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General
Artículo 8°.- Validez del acto administrativo

Es válido el acto administrativo dictado conforme al ordenamiento jurídico.

21. En virtud a las referidas potestades, las municipalidades pueden normar la apertura de establecimientos, otorgar licencias de apertura y fiscalizar que los establecimientos cumplan con la normatividad municipal aplicable imponiendo, de ser el caso, las sanciones correspondientes en ejercicio de su capacidad sancionadora prevista también en la Ley N° 27972.
22. La competencia municipal para normar y regular el funcionamiento de los establecimientos comerciales, industriales y de actividades profesionales, está reconocida expresamente en el ordenamiento jurídico nacional y, por lo tanto, en virtud de ella, las municipalidades pueden dictar disposiciones relacionadas con la regulación del horario de funcionamiento de los establecimientos¹³.
23. A mayor abundamiento cabe indicar que el Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 00007-2006-AI¹⁴ frente a un cuestionamiento a la competencia municipal para regular horarios de funcionamiento, haciendo una interpretación de la competencia municipal dispuesta en el numeral 3.6.4) del artículo 79° de la Ley N° 27972, ha señalado lo siguiente:

«De una interpretación literal de esta disposición se infiere que la regulación de las condiciones relativas a la apertura de establecimientos comerciales constituye materia propia de las Municipalidad Distritales. Ahora bien, bajo este concepto debe entenderse las condiciones y requisitos que, en general, se deben satisfacer para la apertura de establecimientos comerciales. Dentro de ellas, no sólo están los requisitos para la concesión de una licencia de apertura de un establecimiento comercial, sino también las normas que regulan algunos aspectos que, según el caso, puedan estar relacionados con la apertura de establecimientos comerciales. Ello no significa que tal regulación pueda ser arbitraria o se halle desprovista de límites materiales; por el contrario, como toda norma, ella deberá ser plenamente compatible con el conjunto de derechos fundamentales y principios de la Constitución; sin embargo, el examen de si tal compatibilidad es satisfecha o no por una Ordenanza Municipal concierne al examen de contenido o eventual vicio material, que debe ser claramente distinguido del vicio competencial aquí analizado.»

¹³ En anteriores pronunciamientos, la Comisión ha señalado que la competencia municipal para normar y regular el funcionamiento de establecimientos comerciales, industriales y de actividades profesionales se encuentra reconocida expresamente en el ordenamiento jurídico y que, por tanto, en virtud a tales facultades legales, las municipalidades pueden dictar disposiciones relacionadas al horario de funcionamiento de los locales que operen dentro de su circunscripción: Cfr. Resoluciones N° 0003-2015/CEB-INDECOPI (Exp. 000401-2014/CEB), N° 0004-2015/CEB-INDECOPI (Exp. 000401-2014/CEB) y N° 0005-2015/CEB-INDECOPI (Exp. 000403-2014/CEB), N° 0147-2010/CEB-INDECOPI (Exp. N° 000060-2010/CEB), N° 0244-2010/CEB-INDECOPI (Exp. N° 000107-2010/CEB), N° 0263-2010/CEB-INDECOPI (Exp. N° 000042-2010/CEB). Estas dos últimas, además confirmadas por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Indecopi mediante Resolución N° 3282-2010/SC1-INDECOPI y N° 3292-2010/SC1-INDECOPI, N° 0061-2008/CAM-INDECOPI (Exp. N° 000119-2007/CAM), 0114-2008/CAM-INDECOPI (Exp. N° 000012-2008/CAM), N° 0040-2008/CAM-INDECOPI (Exp. N° 00090-2007/CAM). Esta última, además confirmada por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Indecopi mediante Resolución N° 0030-2008/SC1-INDECOPI.

¹⁴ Correspondiente a la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari, contra las Ordenanzas N° 212-2005 y N° 214-2005.

24. Asimismo, a través de la Sentencia N° 08746-2006/PA/TC¹⁵ el Tribunal Constitucional, con relación a las facultades municipales para establecer restricciones de horarios en sus respectivas jurisdicciones ha señalado lo siguiente:

«(...) las potestades que se otorgan a las municipalidades son muy amplias y permiten que esta pueda optar por varias soluciones, siempre que sean conformes con la Constitución. Así contrastando dicha potestad con el derecho al trabajo vulnerado, según la alegación del demandante, se colige que el derecho al trabajo constitucionalmente protegido no impide que la municipalidad, por medio de ordenanzas, pueda imponer ciertas restricciones, más aún la restricción no significa que el recurrente no pueda desarrollar sus actividades –la ordenanza impugnada dispone el funcionamiento “hasta las 00:00 horas de domingo a jueves y hasta las 01:00 horas los viernes, sábados y día anterior a feriados”– siempre que cumpla con las normas establecidas, sino que regula su horario, medida que no resulta desproporcionada a criterio de este Tribunal, dadas las especiales circunstancias que rodean al caso.»

25. De acuerdo con lo mencionado, las municipalidades se encuentran facultada para establecer limitaciones al horario de funcionamiento de los establecimientos comerciales, industriales o de servicios. Sin embargo, cabe indicar que dicha facultad está sujeta a que su aplicación respete el ordenamiento jurídico vigente, por lo que la restricción horaria impuesta debiera regir para los titulares de establecimientos comerciales que obtengan su licencia de funcionamiento a partir de su entrada en vigencia.
26. En tal sentido, si bien las municipalidades cuentan con las competencias para normar y regular el funcionamiento de establecimientos comerciales -con lo que las municipalidades pueden dictar disposiciones relacionadas con el horario de funcionamiento de los locales que operen dentro de su circunscripción-, lo cierto es que también deben haber empleado los instrumentos idóneos para imponer restricciones o condiciones para su funcionamiento, siendo en este caso las Ordenanzas Municipales; las mismas que, deberán ser debidamente emitidas y publicadas a efectos de cobrar vigencia y ser oponibles a la ciudadanía.
27. Considerando lo señalado, la Municipalidad es competente para:
- Normar los horarios de apertura y cierre de funcionamiento en los locales comerciales de su jurisdicción, imponiendo tales restricciones o condiciones a través de Ordenanzas Municipales.

¹⁵ Correspondiente a la demanda de amparo interpuesta por don Fidel Linares Vargas contra la Municipalidad Distrital de Chorrillos a fin de que se declare inaplicable la Ordenanza N° 055-MDCH.



- Normar el horario de inicio y término de venta de bebidas alcohólicas en los locales comerciales de su jurisdicción, imponiendo tales restricciones o condiciones a través de Ordenanzas Municipales.

28. El literal c) del artículo 55° de la Ordenanza N° 389-MM, establece lo siguiente:

«Artículo 55°.- HORARIOS DE FUNCIONAMIENTO

Se deberán considerar los siguientes horarios, que regirán el funcionamiento tanto de establecimientos con Licencia de Funcionamiento en actividad como para los establecimientos nuevos:

(...)

c) Horario Especial, el cual se otorga en adición al horario ordinario y que regirá de domingo a jueves desde las 20:00 horas hasta las 01:00 horas del día siguiente, y los días viernes, sábado y vísperas de feriados desde las 20:00 horas hasta las 03:00 horas del día siguiente. Será aplicable únicamente al desarrollo de los siguientes giros:

- * Restaurantes con venta de licor.
- * Cines, teatros y salas de convenciones.

El desarrollo de los giros de discotecas - pubs, karaokes, salas de recepción y baile, no comprende el horario ordinario, debiendo darse inicio de sus actividades a partir de las 20:00 horas y dentro de los límites antes indicados. De domingo a jueves hasta las 01:00 horas del día siguiente y los días viernes, sábado y vísperas de feriados hasta las 03:00 horas del día siguiente.»

(Énfasis agregado)

29. De lo indicado en el literal c) del artículo antes citado, se puede advertir que la Municipalidad ha establecido una restricción horaria para todos aquellos establecimientos comerciales que cuenten con el giro de **restaurantes con venta de licor**¹⁶, cines, teatros y salas de convenciones.
30. Por lo tanto, la restricción de horario de funcionamiento cuestionada por la denunciante no resulta ilegal por falta de competencias de la Municipalidad para imponer la medida.
31. Asimismo, la Municipalidad ha cumplido con aprobar la restricción horaria a través de instrumento legal idóneo, esto es, la Ordenanza N° 389-MM, la cual ha

¹⁶ Si bien el Certificado de Licencia Municipal de Funcionamiento N° 037732 y el Certificado de la Licencia Especial de Funcionamiento N° 00299, fueron emitidos para desarrollar los giros de «Restaurante» y «Bar», ambos se encuentran contenidos en el giro de restaurantes con venta de licor.



217

sido debidamente publicada en el diario oficial «El Peruano» el 19 de septiembre de 2012, conforme a lo dispuesto en el artículo 44° de la Ley N° 27972.

32. En ese sentido, corresponde declarar que la restricción horaria de funcionamiento para los giros de «Restaurante» y «Bar» contenida en el literal c) el artículo 55° de la Ordenanza N° 389-MM, materializada en la Papeleta de Prevención N° 001633 y en el Acta de Fiscalización N° 002160, no constituye una barrera burocrática ilegal, en tanto ha sido emitida por la Municipalidad (i) dentro del marco legal de sus competencias; y, (ii) mediante instrumento legal idóneo.

D. Evaluación de razonabilidad:

33. El Capítulo II del Decreto Legislativo N° 1256, establece la metodología de análisis de barreras burocráticas, señalando en su artículo 14° que en caso la barrera burocrática denunciada fuera declarada legal, se procede con el análisis de razonabilidad. Por lo cual, habiendo identificado que la medida cuestionada en el presente procedimiento no constituye la imposición de una barrera burocrática ilegal, correspondería efectuar el análisis de razonabilidad de dicha medida.
34. Si bien se reconoce la competencia municipal para establecer restricciones horarias, dicha facultad no resulta irrestricta pues se encuentra sujeta a los límites de **proporcionalidad y razonabilidad** que rigen todas las actuaciones administrativas, tal como lo ha señalado el propio Tribunal Constitucional a través de un pronunciamiento referido precisamente a este tipo de limitaciones horarias¹⁷.
35. La evaluación de razonabilidad y proporcionalidad de una disposición normativa que restringe derechos a las personas no resulta exclusiva del ordenamiento jurídico peruano, sino que es aplicada de modo similar por distintos tribunales en el mundo¹⁸ y administraciones públicas¹⁹ que buscan una mejora regulatoria. Con

¹⁷ Ver Sentencia recaída en el Expediente N° 00016-2009-AI, en la que señaló lo siguiente: «En suma, las intervenciones estatales en los derechos fundamentales podrán ser realizadas siempre que se pretenda maximizar el orden público en favor de la libertad de los individuos. Evidentemente tal intervención de los derechos sólo podrá ser efectuada si las medidas legales son racionales y proporcionales.».

¹⁸ Sobre la evolución del análisis de proporcionalidad (Proportionality analysis – PA) en distintos países del mundo, ver: Stone Sweet, Alec y Mathews, Jud. «*Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*» (2008). Faculty Scholarship Series. Paper 14. (http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/14). Asimismo, ver publicación de «*El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*», elaborado por Laura Clérico (Editorial Universitaria de Buenos Aires - 2009). En dicha publicación se desarrolla el test de proporcionalidad que emplea el Tribunal Constitucional Federal Alemán; esta metodología consiste de manera básica en desarrollar tres principios: (i) el de idoneidad; (ii) el de necesidad; y, (iii) el de proporcionalidad.

este tipo de análisis, lo que se pretende es que las exigencias y prohibiciones impuestas a los particulares hayan sido producto de un proceso de examen por la autoridad en el que se justifique la necesidad y la proporcionalidad en atención a un interés público, de tal manera que sean más beneficiosas que los costos sociales van a generar.

36. En el Perú, conforme a lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 1256, se ha otorgado facultades a la Comisión para verificar (además de la legalidad) la razonabilidad de las barreras burocráticas que sean impuestas a los agentes económicos por parte de las entidades de la Administración Pública; y, de disponer su inaplicación ya sea con efectos generales o al caso concreto, dependiendo de cada evaluación realizada.
37. La función en comentario de modo alguno implica sustituir a la autoridad local o sectorial en el ejercicio de sus atribuciones, sino únicamente verificar por encargo legal que las regulaciones administrativas emitidas tengan una justificación razonable, tomando en cuenta su impacto en el ejercicio del derecho a la libre iniciativa privada.
38. De conformidad con la metodología establecida en el Decreto Legislativo N° 1256, al haber identificado que la medida cuestionada no constituye una barrera burocrática ilegal, corresponde efectuar el análisis de razonabilidad de dicha medida.
39. En referencia a ello, según el artículo 15° del referido decreto legislativo, la Comisión o a Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en adelante, la Sala), de ser el caso, realiza el análisis de razonabilidad de una barrera burocrática en los procedimientos iniciados a pedido de parte, siempre que el denunciante presente indicios suficientes respecto a la carencia de razonabilidad de la misma en la denuncia y hasta antes de que se emita la resolución que resuelve la admisión a trámite de esta.
40. Por su parte el artículo 16° del Decreto Legislativo N° 1256, establece que los citados indicios, señalados en el párrafo anterior, deben estar dirigidos a

¹⁹ En países como Estados Unidos de Norteamérica (EE.UU), México (MX), Reino Unido (RU), entre otros, existen agencias dependientes del Gobierno, encargadas de revisar las regulaciones y trámites administrativos que impactan en las actividades económicas y en los ciudadanos, de manera previa a su emisión. Se exige que las entidades públicas que imponen estas deposiciones remitan información y documentación que sustente su necesidad y justificación económica en atención al interés público que se desea tutelar. Las agencias antes mencionadas son: (i) en EE.UU, la Oficina de Información y Regulación para los negocios (Office of Information and Regulatory Affairs); (ii) en MX, la Comisión Federal de Mejora Regulatoria (COFEMER); y, (iii) en RU, el Comité de Política Regulatoria (Regulatory Policy Committee).

sustentar que la barrera burocrática califica como una medida arbitraria o como una medida desproporcionada, considerando dichas medidas de la siguiente manera:

- **Medida arbitraria:** es una medida que carece de fundamentos y/o justificación, o que teniendo una justificación no resulta adecuada o idónea para alcanzar el objetivo de la medida; y/o
 - **Medida desproporcionada:** es una medida que resulta excesiva en relación con sus fines y/o respecto de la cual existe otra u otras medidas alternativas que puedan lograr el mismo objetivo de manera menos gravosa.
41. Es decir, la norma indica que cuando un denunciante haya calificado la barrera burocrática cuestionada ya sea como medida arbitraria o desproporcionada, calificará como un indicio de carencia de razonabilidad; sin embargo, la citada norma establece que no serán **indicios suficientes** para realizar el análisis de razonabilidad aquellos argumentos (i) Que no se encuentren referidos a la barrera burocrática cuestionada, (ii) Que tengan como finalidad cuestionar la pertinencia de una política pública, (iii) Que sean alegaciones o afirmaciones genéricas; o, (iv) Que aleguen como único argumento que la medida genera costos.
42. Entendiéndose de esta forma que, según la referida norma, el denunciante debe justificar y argumentar las razones por las cuales considera que la medida cuestionada en el procedimiento es arbitraria y/o desproporcionada.
43. Al respecto, la denunciante señaló que la restricción horaria de funcionamiento de su local comercial es carente de razonabilidad, en la medida que:
- (i) La restricción horaria para el funcionamiento de su establecimiento comercial resulta discriminatoria, debido a que ha sido emitida sin contar con fundamentos técnicos que motiven una restricción para el funcionamiento de los establecimientos comerciales con los giros "Restaurante" y "Bar", sin que constituya una solución para el problema social de pandillaje, delincuencia juvenil, ruidos molestos y/o afines.
 - (ii) Es una medida arbitraria, considerando que la Municipalidad no ha demostrado que la restricción plasmada en el literal c) del artículo 55° de la Ordenanza N° 389-MM, haya sido dictada en salvaguarda de la seguridad y tranquilidad pública.

- (iii) Es excesiva, ya que, si bien el Tribunal Constitucional ha señalado que la restricción horaria de funcionamiento o ventas de licor dictados por las municipalidades distritales constituye una medida idónea para resolver problemas de seguridad o de comisión de delitos en sus jurisdicciones, la Municipalidad no ha acreditado que la restricción impuesta, haya sido originada a efectos de tutelar el "interés público".
44. De lo expuesto por la denunciante, se aprecia que ha sustentado que la medida impuesta es una medida discriminatoria, en tanto no cuenta con fundamentos técnicos (medida arbitraria) pues no se sustenta en criterios técnicos ni objetivos al imponer la restricción horaria de funcionamiento. Igualmente, refirió que la Municipalidad no demostró que la restricción materia de análisis hubiera sido dictada en salvaguarda de la seguridad y tranquilidad pública.
45. Asimismo, la denunciante refirió que la Municipalidad no ha sustentado que la restricción horaria impuesta, sea idónea para resolver problemas de seguridad o de comisión de delitos en su jurisdicción, por lo que no representa una medida que acredite una solución para el problema de pandillaje y delincuencia juvenil (medida desproporcionada).
46. Al respecto, según lo expuesto en el párrafo 43 de la presente Resolución, esta Comisión considera que la denunciante ha cumplido con presentar indicios suficientes para realizar el análisis de razonabilidad correspondiente, acorde a lo establecido por el artículo 16° del Decreto Legislativo.
47. La presente denuncia fue planteada en abstracto en relación con la medida contenida en el literal c) del artículo 55° de la Ordenanza N° 389-MM, que precisa la restricción horaria de funcionamiento para establecimientos comerciales como el de la denunciante. En tal sentido, constituiría una presunta barrera burocrática de alcance general contenida en una disposición administrativa **susceptible de ser impuesta** a la denunciante por su condición de agente económico.
48. De ahí que, de declararse fundada la denuncia en este punto, la restricción horaria de funcionamiento (horario especial) establecida en el literal c) del artículo 55° de la Ordenanza N° 389-MM, sería inaplicable a la empresa denunciante para permanecer en el mercado.
49. De acuerdo con artículo 18° del Decreto Legislativo N° 1256, una vez que la Comisión o la Sala, de ser el caso, considera que han sido presentados indicios

suficientes sobre la presunta carencia de razonabilidad de la barrera burocrática cuestionada, deberá analizar la razonabilidad de la medida, verificando el cumplimiento de los siguientes elementos:

- (i) Que la medida no es arbitraria, lo que implica que la entidad acredite:
 - a) La existencia del interés público que sustentó la medida cuestionada. El interés público alegado debe encontrarse dentro del ámbito de atribuciones legales de la entidad.
 - b) La existencia del problema que se pretendía solucionar con la medida cuestionada.
 - c) Que la medida cuestionada resulta idónea o adecuada para lograr la solución del problema y/o para alcanzar el objetivo de la medida.
- (ii) Que la medida es proporcional a sus fines, lo que implica que la entidad acredite:
 - a) Una evaluación de los beneficios y/o el impacto positivo que generaría la medida; y, de los costos y/o el impacto negativo de la misma para los agentes económicos obligados a cumplirla, así como para otros agentes afectados y/o para la competencia en el mercado.
 - b) Que la referida evaluación permite concluir que la medida genera mayores beneficios que costos.
 - c) Que otras medidas alternativas no resultarían menos costosas o no serían igualmente efectivas. Dentro de estas medidas alternativas debe considerarse la posibilidad de no emitir una nueva regulación.

E.1. Arbitrariedad de la Medida:

50. Conforme a lo dispuesto en el artículo 18° del Decreto Legislativo N° 1256, para analizar la arbitrariedad de la medida cuestionada en el presente procedimiento, debe tenerse en cuenta que la Municipalidad debe acreditar (i) la existencia de un interés público que haya sustentado la medida cuestionada, y que dicho interés alegado debe encontrarse dentro de sus atribuciones legales conferidas, (ii) que existe una problemática que se pretendía solucionar con la imposición de la medida, es decir, que el problema detectado haya estado afectando el interés público que pretendía proteger con la imposición de la medida cuestionada; y (iii) que dicha medida es la adecuada para solucionar la

problemática detectada y para lograr la protección del interés público que se supone afectado.

51. Por su parte, en diversos pronunciamientos anteriores²⁰ la Sala ha señalado que para cumplir con el presente nivel de análisis, no basta con que la entidad denunciada haga mención a un objetivo público que justifique las medidas adoptadas, sino que es necesario acreditar la existencia de una problemática concreta que requiera su implementación, además de explicar de qué manera esta medida tiene alguna causalidad con la solución del problema.
52. Al respecto, de los descargos de la Municipalidad, se desprende que la restricción horaria materia de análisis tiene la finalidad de amparar el orden público, la seguridad ciudadana, la tranquilidad y la salud de los vecinos, por lo que se ha cumplido con acreditar el interés público que justifica la medida adoptada, asimismo se ha verificado que existe una problemática que se relaciona con dicho interés como es el resguardo a la salud y tranquilidad pública.
53. Sin embargo, la Municipalidad no ha cumplido con demostrar que la exigencia impuesta a los agentes económicos que cuenten con los giros de la denunciante sea la adecuada o idónea para lograr una adecuada protección del interés público que pretende salvaguardar.
54. Por tanto, debido a que la Municipalidad no ha logrado demostrar que la medida aplicada a la denunciante no es arbitraria, la exigencia cuestionada en el presente procedimiento, no supera el primer punto del análisis de razonabilidad.

E.2. Proporcionalidad de la Medida:

55. Conforme a lo dispuesto por el artículo 18° del Decreto Legislativo N° 1256, aplicable al presente caso, para determinar la proporcionalidad de una medida, el Ministerio debe acreditar (i) que ha realizado una evaluación del impacto tanto positivo (beneficios) como negativo (costos) que genera la exigencia a la denunciante, a otros agentes, (ii) que la evaluación de impacto de costo-beneficio concluye que la medida impuesta a la denunciante genera mayores beneficios que costos, es decir, que los costos de la exigencia para la denunciante, será menor a los beneficios obtenidos por otros agentes así como

²⁰ Ver Resoluciones N° 001-2013/SDC-INDECOPI, N° 401-2013/SDC-INDECOPI, N° 3540-2012/SDC-INDECOPI, N° 0692-2011/SC1-INDECOPI, N° 0819-2011/SC1-INDECOPI, 1544-2011/SC1-INDECOPI, entre otras.

- por la competencia de la denunciante, quienes se veían probablemente afectados con la exigencia; y (iii) que cualquier otra medida sería más costosa o que no sería igual de efectiva que la aplicada a la denunciante, para lo cual, el Ministerio debería haber evaluado una serie de medidas que busquen la protección del interés público y la solución de una problemática existente (si los hubieran identificado), entre las cuales, la exigencia cuestionada, hubiera resultado la medida menos costosa.
56. Sobre el particular, la Sala ha señalado que la entidad denunciada (en este caso, la Municipalidad) tiene la carga de probar que su medida es proporcional, no pudiendo argumentar que tomó una decisión razonable si no demuestra que consideró y evaluó los costos y beneficios derivados de la implementación de dicha medida²¹.
57. Por su parte el Tribunal Constitucional, mediante Sentencia emitida el 18 de marzo de 2009 en el Expediente N° 04466-2007-PA/TC²², indicó que:
- «A través del juicio de proporcionalidad en sentido estricto, se busca establecer si la medida guarda una relación razonable con el fin que se pretende alcanzar, a través de un balance entre sus costos y sus beneficios».*
58. Teniendo en cuenta lo señalado, la Municipalidad tiene la carga de acreditar que los beneficios que pretende obtener con la exigencia impuesta a la denunciante, son mayores que los costos de dicha medida. Esto puede efectuarse, ya sea a través de la presentación de un estudio, informe u otro medio probatorio similar, que permita verificar que el procedimiento de adopción de la decisión pública no ha sido arbitrario.
59. Debe tenerse presente que para acreditar la realización de una evaluación costo-beneficio no se requiere necesariamente de una estricta cuantificación de los costos que involucraría la medida administrativa. Tampoco requiere de un análisis sofisticado y detallado de la proporcionalidad, sino que se demuestre que la autoridad efectuó algún tipo de evaluación sobre el impacto positivo y negativo de la regulación a implementar sobre la denunciante, los agentes y la competencia de la denunciante, afectados con dicha medida.
60. En sus descargos, la Municipalidad refirió que la medida adoptada es: (i) idónea y proporcional, debido a que -en tanto el ejercicio de la libertad de empresa no

²¹ Ver Resoluciones N° 0922-2009/SC1-INDECOPI y N° 1511-2009/SC1-INDECOPI.

²² Posterior a la Sentencia N° 00850-2008-PA/TC.

224

debe ser lesivo a la moral, a la salud o a la seguridad pública-, únicamente precisa los límites dentro de los que la denunciante debe actuar; y, (ii) la opción menos gravosa, ya que la Municipalidad pudo haber recurrido a otros instrumentos legales, de mayor eficacia jurídica, con la finalidad de amparar el orden público, la seguridad ciudadana, la tranquilidad y salud de sus vecinos.

61. No obstante, de la información alcanzada por la Municipalidad, no se aprecia referencia alguna que acredite que, en la adopción de la medida cuestionada, se haya evaluado los costos y beneficios que esta generaría. De ello se entiende que, al momento de adoptar su decisión la administración no habría cumplido con acreditar los puntos señalados en el párrafo 55 de la presente resolución.
62. Pese a que la Municipalidad tenía la carga de probar dicha justificación, conforme se le hizo notar al momento de admitirse a trámite la denuncia²³ y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 18° del Decreto Legislativo N° 1256²⁴, no ha presentado información o documentación que demuestre haber evaluado los aspectos antes mencionados.
63. Lo indicado hace suponer que la Municipalidad habría establecido la exigencia cuestionada sin tener en cuenta el impacto (positivo o negativo) que esta podría generar en la denunciante, en otros agentes y en la competencia de la denunciante en el mercado, aspecto que resulta necesario para determinar la proporcionalidad de una medida.

²³ La Resolución N° 0054-2017/STCEB-INDECOPI del 17 de enero de 2017, dispuso en su Resuelve Segundo lo siguiente:
Segundo: conceder a la Municipalidad Distrital de Santiago de Surco, un plazo de cinco (5) días hábiles, contados desde el día siguiente de notificada la presente resolución, para que formule los descargos que estime convenientes. Al formular sus descargos, deberá incorporar información que permita evaluar la legalidad y razonabilidad de la barrera burocrática denunciada, tomando como referencia lo establecido en el artículo 18° del Decreto Legislativo N° 1256, que aprueba la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas.

²⁴ Decreto Legislativo N° 1256

Artículo 18.- Análisis de razonabilidad

18.1. Una vez que la Comisión o la Sala, de ser el caso, considera que han sido presentados indicios suficientes sobre la presunta carencia de razonabilidad de la barrera burocrática cuestionada, analiza la razonabilidad de la medida, verificando el cumplimiento de los siguientes elementos:

a. Que la medida no es arbitraria, lo que implica que la entidad acredite:

1. La existencia del interés público que sustentó la medida cuestionada. El interés público alegado debe encontrarse dentro del ámbito de atribuciones legales de la entidad.
2. La existencia del problema que se pretendía solucionar con la medida cuestionada.
3. Que la medida cuestionada resulta idónea o adecuada para lograr la solución del problema y/o para alcanzar el objetivo de la medida.

b. Que la medida es proporcional a sus fines, lo que implica que la entidad acredite:

1. Una evaluación de los beneficios y/o el impacto positivo que generaría la medida y de los costos y/o el impacto negativo de la misma para los agentes económicos obligados a cumplirla, así como para otros agentes afectados y/o para la competencia en el mercado.
2. Que la referida evaluación permite concluir que la medida genera mayores beneficios que costos.
3. Que otras medidas alternativas no resultarían menos costosas o no serían igualmente efectivas. Dentro de estas medidas alternativas debe considerarse la posibilidad de no emitir una nueva regulación.

18.2. En caso de que la entidad no acredite alguno de los elementos indicados en los literales precedentes, la Comisión o la Sala, de ser el caso, declara la carencia de razonabilidad de la barrera burocrática.

64. Cabe mencionar que si bien una limitación de horario de funcionamiento no es una medida que automáticamente excluya a los agentes del mercado en tanto pueden desarrollar sus actividades en otros horarios, debe tenerse en cuenta que sí es una medida que puede generar un impacto económico considerable sobre éstos, más aún cuando la restricción afecta el horario en que la denunciante podría desarrollar su negocio.
65. En consecuencia, toda vez que no se ha acreditado que la exigencia señalada en el párrafo 1 de la presente resolución, es una medida proporcional a sus fines, se determina que dicha medida no supera el segundo punto del análisis de razonabilidad.
66. Por lo tanto, corresponde declarar que la restricción horaria de funcionamiento (horario especial) establecida en el literal c) del artículo 55° de la Ordenanza N° 389-MM, materializada en la Papeleta de Prevención N° 001633 y en el Acta de Fiscalización N° 002160, constituye una barrera burocrática carente de razonabilidad en los términos expuestos en la presente resolución; en consecuencia, corresponde declarar fundada la denuncia en este extremo.
67. Finalmente, esta Comisión considera pertinente precisar que el presente pronunciamiento no exime a la denunciante de cumplir con las demás normas municipales relativas al funcionamiento de los establecimientos comerciales, ni desconoce las facultades de fiscalización y sanción que posee la Municipalidad.

E. Medida correctiva:

68. Mediante Decreto Legislativo N° 1256 se aprobó la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas, la cual resulta de aplicación inmediata a las denuncias de parte (como en el presente caso) cuya admisión a trámite se dispusiera a partir del 9 de diciembre de 2016.
69. Sobre el particular, cabe indicar que los artículos 43° y 44° del Decreto Legislativo N° 1256, señalan lo siguiente:

«Artículo 43.- Medidas correctivas

La Comisión o la Sala, de ser el caso, puede ordenar y/o conceder las siguientes medidas correctivas:

(...)

2. Que las entidades informen a los ciudadanos acerca de las barreras burocráticas declaradas ilegales y/o carentes de razonabilidad mediante las resoluciones de la Comisión que hayan agotado la vía administrativa y/o las resoluciones de la Sala, como medida complementaria.

Artículo 44.- Forma de implementación y plazo para el cumplimiento de las medidas correctivas:

226

(...)

44.2. En el caso de la medida correctiva señalada en el inciso 2. del artículo precedente, el plazo máximo con el que cuenta la entidad es de cinco (5) días hábiles. Las entidades pueden emplear medios de comunicación tanto físicos como virtuales que estén disponibles para todo administrado y/o agente económico que acuda al área de trámite documentario, así como el portal de la entidad.»

70. De lo anterior, se puede advertir que esta Comisión se encuentra facultada para ordenar que las entidades informen a los ciudadanos acerca de las barreras burocráticas declaradas ilegales y/o carentes de razonabilidad.
71. En tal sentido, considerando el marco normativo vigente y que en el presente procedimiento se ha determinado que la medida antes señalada es carente de razonabilidad, corresponde ordenar a la Municipalidad que cumpla con informar a los ciudadanos acerca de la barrera burocrática declarada carente de razonabilidad en el presente procedimiento, una vez que se declare consentida la presente resolución o sea confirmada por la Sala.
72. El incumplimiento de la medida correctiva dispuesta en la presente resolución podrá ser sancionado con una multa de hasta veinte (20) Unidades Impositivas Tributarias, de conformidad con el artículo 36° del Decreto Legislativo N° 1256.

F. Efectos y alcances de la presente resolución:

73. De conformidad con los artículos 8° y 10° del Decreto Legislativo N° 1256, cuando en un procedimiento iniciado de parte, las barreras burocráticas cuestionadas sean declaradas ilegales y estén contenidas o materializadas en disposiciones administrativas, la Comisión dispone su inaplicación al caso concreto de la denunciante y con carácter general en favor de otros agentes económicos o administrados en general que también se vean afectados por su imposición²⁵.

²⁵ Decreto Legislativo N° 1256, que aprueba la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas
Artículo 8°. - De la inaplicación con efectos generales de barreras burocráticas ilegales contenidas en disposiciones administrativas.

8.1. Cuando en un procedimiento iniciado a pedido de parte o de oficio, la Comisión o la Sala, declare la ilegalidad de barreras burocráticas materializadas en disposiciones administrativas, dispone su inaplicación con efectos generales.

8.2. En estos procedimientos, la Comisión o la Sala, de ser el caso, puede emitir medidas correctivas, ordenar la devolución de las costas y costos e imponer sanciones, cuando corresponda, de acuerdo con lo dispuesto en la presente ley.

8.3. La inaplicación con efectos generales opera a partir del día siguiente de publicado el extracto de la resolución emitida por la Comisión o la Sala, de ser el caso, en el diario oficial "El Peruano". La orden de publicación será emitida por el Indecopi hasta el décimo día hábil después de notificada la resolución respectiva. Si con posterioridad, algún funcionario, servidor público o cualquier persona que ejerza función administrativa por delegación, bajo cualquier régimen laboral o contractual, en la entidad que fuera denunciada, aplica las barreras burocráticas declaradas ilegales en la resolución objeto de publicación, puede ser sancionado de acuerdo con lo establecido en el artículo 34 de la presente ley.

8.4. En aquellos procedimientos iniciados de parte con posterioridad a la publicación a la que hace referencia el presente artículo, en los que se denuncie la aplicación de una barrera burocrática declarada ilegal, materializada en la misma disposición administrativa inaplicada con efectos generales, la Comisión encausa el escrito presentado como una denuncia informativa de incumplimiento de mandato.

74. En el presente caso, se ha declarado carente de razonabilidad la restricción horaria de funcionamiento (horario especial), establecida en el literal c) del artículo 55° de la Ordenanza N° 398-MM, materializada en la Papeleta de Prevención N° 001633 y en el Acta de Fiscalización N° 002160.
75. Por lo tanto, corresponde disponer la inaplicación de la restricción horaria cuestionada declarada carente de razonabilidad en favor de la denunciante.
76. Cabe indicar que el incumplimiento del mandato de inaplicación precisado en el párrafo anterior podrá ser sancionado por esta Comisión, de conformidad con lo establecido en el artículo 34° del Decreto Legislativo N° 1256²⁵.
77. El artículo 42° del Decreto Legislativo N° 1256, el procurador público o el abogado defensor de la Municipalidad tiene la obligación de remitir una copia de la presente resolución, luego de que haya quedado consentida, al titular de la entidad y a la Secretaria General, o quien haga sus veces, para conocimiento de sus funcionarios y/o servidores públicos.
78. Finalmente, corresponde ordenar que, de conformidad con el numeral 50.1) del artículo 50° del Decreto Legislativo N° 1256, la Municipalidad informe en un plazo no mayor a un (1) mes las medidas adoptadas respecto de lo resuelto en la presente resolución de conformidad a lo establecido en la Directiva N° 001-2017/DIR/COD-INDECOPI aprobada mediante Resolución de la Presidencia del Consejo Directivo del Indecopi N° 018-2017-INDECOPI/COD.

8.5. En aquellos procedimientos en trámite, iniciados de parte hasta el día de la publicación a la que hace referencia el presente artículo y que versen sobre la misma barrera burocrática declarada ilegal inaplicada con efectos generales, la Comisión o la Sala, de ser el caso, resuelve el procedimiento en el mismo sentido y procederá conforme al numeral 8.2. cuando corresponda.

Artículo 10°. - De la inaplicación al caso concreto

10.1. Cuando en un procedimiento iniciado a pedido de parte, la Comisión o la Sala, de ser el caso, declare la ilegalidad o carencia de razonabilidad de barreras burocráticas materializadas en disposiciones administrativas o la ilegalidad y/o carencia de razonabilidad de barreras burocráticas materializadas en actos administrativos y/o actuaciones materiales, dispone su inaplicación al caso concreto en favor del denunciante.

10.2. En estos procedimientos, también se procede según lo previsto en el artículo 8.2 de la Ley, cuando corresponda.

²⁵ Decreto Legislativo N° 1256, que aprueba la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas

Artículo 34°. - Conductas infractoras de funcionarios o servidores públicos por incumplimiento de mandato

La Comisión puede imponer multas de hasta veinte (20) Unidades Impositivas Tributarias al funcionario, servidor público o cualquier persona que ejerza función administrativa por delegación, bajo cualquier régimen laboral o contractual, en cualquiera de los siguientes supuestos:

1. Cuando incumpla el mandato de inaplicación de la barrera burocrática declarada ilegal al que se hace referencia en el artículo 8 de la presente ley.
2. Cuando incumpla el mandato de inaplicación de la barrera burocrática declarada ilegal y/o carente de razonabilidad, según sea el caso, al que se hace referencia en el artículo 10 de la presente ley.
3. Cuando, luego de publicado lo resuelto en los procedimientos de oficio a los que hace referencia el artículo 9, aplique u ordene aplicar la barrera burocrática previamente declarada carente de razonabilidad, o cuando pudiendo disponer su inaplicación, omite hacerlo.

[...].

(Énfasis añadido)

POR LO EXPUESTO:

En uso de sus atribuciones y de conformidad con lo dispuesto en el 6° del Decreto Legislativo N° 1256;

RESUELVE:

Primero: desestimar el cuestionamiento efectuado por la Municipalidad Distrital de Miraflores bajo los argumentos expuestos en la Cuestión Previa de la presente resolución.

Segundo: declarar que la restricción horaria de funcionamiento (horario especial), establecida en el literal c) del artículo 55° de la Ordenanza N° 389-MM, que regula las licencias de funcionamiento, autorizaciones derivadas, autorizaciones conexas y autorizaciones temporales, materializada en la Papeleta de Prevención N° 001633 y en el Acta de Fiscalización N° 002160, constituye una barrera burocrática carente de razonabilidad; y, en consecuencia, fundada la denuncia presentada por Liquid Company S.A.C. contra la Municipalidad Distrital de Miraflores.

Tercero: disponer la inaplicación de la restricción horaria de funcionamiento establecida en el literal c) del artículo 55° de la Ordenanza N° 389-MM, que regula las licencias de funcionamiento, autorizaciones derivadas, autorizaciones conexas y autorizaciones temporales, materializada en la Papeleta de Prevención N° 001633 y en el Acta de Fiscalización N° 002160, de conformidad con lo establecido en el artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1256, en favor de Liquid Company S.A.C.

Cuarto: ordenar como medida correctiva que, de conformidad con el numeral 2) del artículo 43° y el numeral 44.2) del artículo 44° del Decreto Legislativo N° 1256, Municipalidad Distrital de Miraflores informe a los administrados acerca de la barrera burocrática declarada carente de razonabilidad en el presente procedimiento, en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles de notificada la resolución que declara consentida o confirmada la presente resolución.

Quinto: disponer que de conformidad con el numeral 1) del artículo 50° del Decreto Legislativo N° 1256, la Municipalidad Distrital de Miraflores informe en un plazo no mayor a un (1) mes las medidas adoptadas respecto de lo resuelto en la presente resolución de conformidad a lo establecido en la Directiva N° 001-2017/DIR/COD-INDECOPI, aprobada mediante Resolución de la Presidencia del Consejo Directivo del Indecopi N° 018-2017-INDECOPI/COD.


Sexto: informar que, de acuerdo con el artículo 42° del Decreto Legislativo N° 1256, el procurador público o el abogado defensor de la Municipalidad Distrital de Miraflores

tiene la obligación de remitir una copia de la presente resolución, luego de que haya quedado consentida, al titular de la entidad y a la Secretaría General, o quien haga sus veces, para conocimiento de sus funcionarios y/o servidores públicos.

Séptimo: informar que, el incumplimiento del mandato de inaplicación dispuesto en la presente resolución podrá ser sancionado con una multa de hasta veinte (20) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), de conformidad con el artículo 34° del Decreto Legislativo N° 1256.

Octavo: informar que, el incumplimiento de la medida correctiva dispuesta en la presente resolución podrá ser sancionado con una multa de hasta veinte (20) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), de conformidad con el artículo 36° del Decreto Legislativo N° 1256.

Con la intervención y aprobación de los señores miembros de la Comisión: Luis Ricardo Quesada Oré, Cristian Ubía Alzamora y Víctor Sebastián Baca Oneto.



LUIS RICARDO QUESADA ORÉ
PRESIDENTE