

0086-2015/CEB-INDECOPI

26 de febrero de 2015

EXPEDIENTE N° 000447-2014/CEB
DENUNCIADA : MUNICIPALIDAD DISTRITAL DEL RÍMAC
DENUNCIANTE : ALEJANDRINA ROBLES DE VIRHUEZ
RESOLUCIÓN FINAL

SUMILLA: Se declara barrera burocrática carente de razonabilidad la restricción horaria de funcionamiento materializada en el artículo 22° de la Ordenanza N° 176, Ordenanza que regula el otorgamiento de la Licencia Única de Funcionamiento en el distrito del Rímac, efectivizada en la Resolución de Sanción N° 009345 y en el Acta de Medida Complementaria de Ejecución Posterior N° 003512, debido a que la entidad denunciada no ha cumplido con lo establecido en el precedente de observancia obligatoria aprobado por la Resolución N° 182-97-TDC del Tribunal del Indecopi, al no haber presentado información que permita demostrar la razonabilidad de establecer dicha medida de modo generalizado para todo el ámbito territorial del distrito y no solo para una zona o sector del mismo en el que se presenten problemas de seguridad y tranquilidad pública de los vecinos por el funcionamiento de este tipo de establecimientos.

Se dispone la inaplicación a la denunciante de la barrera burocrática declarada carente de razonabilidad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48° de la Ley N° 27444. El incumplimiento de lo resuelto podrá ser sancionado de conformidad con lo dispuesto en el literal a) del artículo 26BIS° del Decreto Ley N° 25868.

La Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas:

I. ANTECEDENTES:

A. La denuncia:

1. Mediante escrito presentado el 25 de noviembre de 2014, la señora Alejandrina Robles de Virhuez (en adelante, la denunciante) interpuso denuncia contra la Municipalidad Distrital del Rímac (en adelante, la Municipalidad), por la presunta imposición de una barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad consistente en la restricción horaria de funcionamiento materializada en el

artículo 22º de la Ordenanza N° 176¹, efectivizada en la Resolución de Sanción N° 009345 y en el Acta de Medida Complementaria de Ejecución Posterior N° 003512.

2. Fundamenta su denuncia en los siguientes argumentos:

- (i) Su local comercial² tiene el giro de Restaurante - Pollería, sin venta de licor, conforme a la Licencia de Funcionamiento N° 00313 otorgada por la Municipalidad³, cuyo horario le permite funcionar hasta las 23:00 horas.
- (ii) Su local comercial ha sido objeto de diversas sanciones administrativas amparadas en el artículo 22º de la Ordenanza N° 176, tipificada como infracción en el código de Infracción N° 01-0103, por desarrollar actividades fuera del horario establecido. Por lo que se establece una restricción horaria para establecimientos que desarrollan actividades económicas de comercio.
- (iii) A través del Acta de Medida Complementaria de Ejecución Posterior N° 003512 del 11 de noviembre de 2014, se clausuró transitoriamente su local comercial teniendo como sustento la Resolución de Sanción N° 009345, la cual puede convertirse en clausura definitiva, con una multa de 2 UIT y la posibilidad de ser denunciada ante el Ministerio Público por desacato y resistencia a la autoridad edil.
- (iv) La restricción horaria cuestionada vulnera la Constitución Política y el Decreto Legislativo N° 757, debido a que afecta la libre iniciativa y las inversiones privadas, efectuadas o por efectuarse, limitando el acceso directo e indirecto de los inversionistas o empresas al mercado.
- (v) La mencionada restricción horaria viola el Principio de Razonabilidad, establecido en el Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, el cual dispone que en las decisiones de la autoridad administrativa debe existir una proporción entre los medios a emplear y los fines públicos tutelados.

¹ Ordenanza que regula el otorgamiento de la Licencia Única de Funcionamiento en el Distrito del Rímac.

² Ubicado en la Av. Samuel Alcazar N° 898 del distrito del Rímac.

³ Al amparo de la Ley N° 23853, Ley Marco de Licencia de Funcionamiento.

- (vi) La medida impuesta por la Municipalidad es arbitraria, toda vez que no constituye un estímulo a la creación de la riqueza y no garantiza la libertad de acceso al mercado.
- (vii) La Municipalidad ha incumplido con la obligación de probar la finalidad pública que justifique objetiva y razonablemente la restricción horaria cuestionada. De la lectura de la norma, no se encuentra la justificación de establecer restricción de horarios para ciertas actividades comerciales.
- (viii) La Municipalidad tiene un trato discriminatorio, toda vez que permite que otros establecimientos comerciales funcionen después de las 23:00 horas, como las discotecas, videos pubs, peñas y otras similares funcionan hasta las 24:00 horas o hasta las 3:00 am.

B. Admisión a trámite:

- 3. Mediante Resolución N° 0003-2015/STCEB-INDECOPI del 5 de enero de 2015, se admitió a trámite la denuncia y se concedió a la Municipalidad un plazo de cinco (5) días hábiles para que formule sus descargos.
- 4. Dicha resolución fue notificada a la denunciante, a la Municipalidad y a la Procuraduría Pública de la Municipalidad, el 9 de enero de 2015, conforme consta en los cargos de las cédulas de notificación respectivas⁴.

C. Contestación de la denuncia:

- 5. El 16 de enero de 2015, la Municipalidad presentó sus descargos con base en los siguientes argumentos:
 - (i) La denunciante tiene un horario de funcionamiento establecido en su Licencia de Funcionamiento.
 - (ii) La fiscalización de su establecimiento se realizó después del horario de funcionamiento asignado a la denunciante, es decir a las 23:15 pm, horario en que la denunciante se encontraba en falta.
 - (iii) La fiscalización se realizó en virtud a las facultades de la Municipalidad.

⁴ Cédulas de Notificación N° 7-2015/CEB (dirigida a la denunciante), N° 8-2015/CEB (dirigida a la Municipalidad) y N° 9-2015/CEB (dirigida a la Procuraduría Pública de la Municipalidad).

II. ANÁLISIS:

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

6. De acuerdo con lo establecido en el artículo 26BIS⁵ del Decreto Ley N° 25868, la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (en adelante, la Comisión) es competente para conocer de los actos y disposiciones de las entidades de la Administración Pública que generen barreras burocráticas que impidan u obstaculicen ilegal o irracionalmente el acceso o la permanencia de los agentes económicos en el mercado⁵.
7. Asimismo, el artículo 17^o de la Ley Marco de Licencia de Funcionamiento, dispone que la Comisión tiene la obligación de supervisar el cumplimiento de las disposiciones en materia de Licencia de Funcionamiento, conforme a sus competencias⁶.
8. Para efectuar la presente evaluación se toma en consideración lo dispuesto en el precedente de observancia obligatoria aprobado mediante Resolución N° 182-97-TDC del Tribunal de Indecopi. En tal sentido, corresponde analizar si la barrera burocrática cuestionada es: (i) legal o ilegal; y, de ser el caso, si es (ii) razonable o carente de razonabilidad.⁷

B. Cuestión Previa

⁵ **Decreto Ley N° 25868**

Artículo 26BIS^o.- La Comisión de Acceso al Mercado es competente para conocer sobre los actos y disposiciones de las entidades de la Administración Pública, incluso del ámbito municipal o regional, que impongan barreras burocráticas que impidan u obstaculicen ilegal o irracionalmente el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado, en especial de las pequeñas empresas, y de velar por el cumplimiento de las disposiciones sobre la materia establecidas en los Decretos Legislativos N° 283, 668, 757, el Artículo 61 del Decreto Legislativo N° 776 y la Ley N° 25035, en especial los principios generales de simplificación administrativa contenidos en su Artículo 2, así como las normas reglamentarias pertinentes. Ninguna otra entidad de la Administración Pública podrá arrogarse estas facultades. (...).

⁶ **Ley N° 28976, Ley Marco de Licencia de Funcionamiento**

Artículo 17.- Supervisión

El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI, a través de la Comisión de Acceso al Mercado, deberá supervisar el cumplimiento de las disposiciones contenidas en la presente Ley, conforme a sus competencias.

⁷ Resolución N° 182-97-TDC, publicada en el diario oficial "El Peruano" el día 20 de agosto de 1997, en cuyo flujograma se señala como precedente metodológico que, si luego de efectuar el análisis de legalidad, éste no es satisfactorio, la Comisión debe declarar fundada la denuncia. Sólo en el caso que la barrera cuestionada supere el análisis de legalidad la Comisión debe continuar con el análisis de racionalidad.

9. La denunciante señala que la Ordenanza N° 176 vulnera su derecho a la libre iniciativa y las inversiones privadas, establecidos en la Constitución Política.
10. Con relación a ello debe mencionarse que de acuerdo a lo establecido en el artículo 26BIS^o del Decreto Ley N° 25868, la Comisión únicamente se encuentra facultada para efectuar un análisis de legalidad y razonabilidad de las barreras burocráticas cuestionadas y no para evaluar su constitucionalidad.
11. Dicho criterio ha sido recogido por el Tribunal Constitucional en la Sentencia del 25 de agosto de 2010 recaída sobre el Expediente N° 00014-2009-PI/TC, en la cual se precisó que el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas no tiene por finalidad analizar la constitucionalidad de las mismas sino su legalidad y/o razonabilidad.
12. De ese modo, los argumentos constitucionales presentados por la denunciante, no serán tomados en cuenta para el presente análisis ya que el mismo se limitará a efectuar una evaluación de la legalidad y/o razonabilidad de la medida cuestionada, en virtud a las competencias legalmente atribuidas a esta Comisión.
13. En consecuencia, corresponde desestimar los argumentos planteados por la denunciante en el extremo indicado. Asimismo, se precisa que la evaluación que se realiza en el presente caso se refiere a la legalidad y/o razonabilidad de la medida cuestionada.

C. Cuestión controvertida:

14. Determinar si constituye barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad, la restricción horaria de funcionamiento materializada en el artículo 22^o de la Ordenanza N° 176 y efectivizada en la Resolución de Sanción N° 009345 y en el Acta de Medida Complementaria de Ejecución Posterior N° 003512.

D. Evaluación de legalidad:

D.1. Legalidad de fondo:

15. Mediante Ordenanza N° 176⁸, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 3 de agosto de 2008, la Municipalidad estableció lo siguiente:

⁸ Ordenanza que regula el otorgamiento de la Licencia Única de Funcionamiento en el Distrito del Rímac.

Artículo 22.- El horario de funcionamiento de los locales comerciales, industriales y de servicios que desarrollen dichas actividades en el distrito del Rímac estarán establecidos en el siguiente horario:

HORARIO	GIROS
6:00 a.m. A 23.00 p.m..	Para las actividades de comercio, servicios o industriales.
Las 24 horas del día.	Playas de estacionamientos, casas de huéspedes, hoteles, hostales, grifos, estaciones de servicios, farmacias boticas, casinos, tragamonedas, agencias funerarias, hospitales y clínicas, cajeros automáticos.
8:00 p.m. - 3:00 a.m.	Discotecas y videos-pubs, peñas, karaokes y cualquier similar.

16. Conforme se aprecia, la Municipalidad ha establecido para determinado tipo de locales (como el de establecimientos que desarrollan actividades de comercio, servicios o industrias), un límite en el horario de funcionamiento comprendido desde las 06.00 am horas hasta las 23.00 pm horas, luego del cual deberá cesar todo tipo de actividad comercial y/o atención al público.
17. En anteriores pronunciamientos⁹, la Comisión ha señalado que la competencia municipal para normar y regular el funcionamiento de establecimientos comerciales, industriales y de actividades profesionales está reconocida expresamente por el ordenamiento jurídico nacional y que por tanto, en virtud a tales facultades, las municipalidades pueden dictar disposiciones relacionadas al horario de funcionamiento de los locales que operen dentro de su circunscripción.

⁹ Ver 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° 000129-2010/CEB), N° 0110-2010/CEB-INDECOPI (Exp. N° 000013-2010/CEB) y N° 0126-2010/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.

18. Lo mencionado ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional al pronunciarse sobre cuestionamientos a las restricciones de horarios establecidas por las municipalidades, señalando que dichas medidas se encuentran comprendidas dentro del ámbito de competencias de tales entidades¹⁰. Por tanto, la restricción de horarios aplicada a la denunciante no resulta ilegal por falta de competencias de la entidad denunciada para imponer la medida.
19. No obstante lo señalado, debe tenerse en cuenta que las facultades de toda entidad de la Administración Pública deben ser ejercidas en concordancia con el marco legal vigente en su conjunto y cumpliendo con los procedimientos y formalidades en él establecidos.

D.2. Legalidad de forma:

20. La Municipalidad ha cumplido con aprobar la restricción de horarios a través del instrumento legal idóneo (Ordenanza N° 176), el cual ha sido debidamente publicado¹¹. Sin embargo, corresponde evaluar si es que ha cumplido con las formalidades y procedimientos para aplicar la medida de horarios al caso concreto de la denunciante.
21. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que la facultad municipal para restringir horarios se encuentra sujeta a que su aplicación respete el marco legal vigente en su conjunto¹². Ello, teniendo en cuenta que las competencias que poseen las municipalidades se encuentran sujetas a los límites que establecen las leyes nacionales, tal como lo establece la Ley Orgánica de Municipalidades¹³.

¹⁰ Ver Sentencia recaída en el Expediente N° 00007-2006-AI, 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. Asimismo, ver Sentencia recaída en el Expediente N° 08746-2006/PA/TC, 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.

¹¹ Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 3 de agosto de 2008.

¹² A través de la Sentencia recaída en el Expediente N° 00007-2006-PI/TC, el Tribunal Constitucional señaló 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 Municipalidades 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 para la 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 del contenido o eventual vicio material, que debe ser claramente distinguido del vicio competencial aquí analizado.(...)";

¹³
Ley Orgánica de Municipalidades
Título Preliminar
Artículo VIII.- Aplicación de leyes generales y políticas y planes nacionales

22. El referido Tribunal ha señalado que las municipalidades, al establecer nuevas condiciones para el funcionamiento de los locales comerciales, como es el caso de la restricción de horario, no pueden dejar sin efecto, revocar o modificar aquellas autorizaciones anteriores a la norma municipal que fija las nuevas condiciones y que fueron otorgadas por la propia municipalidad, sin antes haber respetado y seguido los procedimientos establecidos en la ley para tal efecto¹⁴.
23. Respecto del procedimiento de revocación y/o modificación de actos administrativos, la Ley del Procedimiento Administrativo establece lo siguiente:

“Artículo 203.- Revocación.-

203.1. Los actos administrativos declarativos o constitutivos de derechos o interés legítimos no pueden ser revocados, modificados o sustituidos de oficio por razones de oportunidad, mérito o conveniencia.

203.2. **Excepcionalmente**, cabe la revocación de actos administrativos, con efectos a futuro, en cualquiera de los siguientes casos:

203.2.1. Cuando la facultad revocatoria haya sido expresamente establecida por una norma con rango legal y siempre que se cumplan con los requisitos previstos en dicha norma.

203.2.2 Cuando sobrevenga la desaparición de las condiciones exigidas legalmente para la emisión del acto administrativo cuya permanencia sea indispensable para la existencia de la relación jurídica creada.

203.2.3 Cuando apreciando elementos de juicio sobrevivientes se favorezca legalmente a los destinatarios del acto y siempre que no se genere perjuicios a terceros.

203.3 La revocación prevista en este numeral solo podrá ser declarada por la más alta autoridad de la entidad competente, previa oportunidad a los posibles afectados para presentar sus alegatos y evidencia en su favor.” (Lo resaltado es nuestro)

Los gobiernos locales están sujetos a las leyes y disposiciones que, de manera general y de conformidad con la Constitución Política del Perú, regulan las actividades y funcionamiento del Sector Público; así como a las normas técnicas referidas a los servicios y bienes públicos, y a los sistemas administrativos del Estado que por su naturaleza son de observancia y cumplimiento obligatorio.

Las competencias y funciones específicas municipales se cumplen en armonía con las políticas y planes nacionales, regionales y locales de desarrollo.

14 **Sentencia recaída en el Expediente N° 00007-2006-PI/TC**

“§7. DEBIDO PROCESO Y REVOCACIÓN UNILATERAL DE LICENCIAS DE FUNCIONAMIENTO

58. El derecho al debido proceso garantiza (art. 139°, inciso 3, Constitución) a toda persona que cualquier acto que incida en la esfera subjetiva de sus derechos, debe estar precedido de un procedimiento donde aquella pueda ejercer de manera plena los derechos que componen el derecho al debido proceso, en particular, el derecho de defensa. En tal sentido, los actos del poder público que inciden en los derechos de la persona y que están desprovistos de un procedimiento previo donde se hayan cumplido aquellas garantías, afectan el derecho al debido proceso.

59. El artículo 4° de la Ordenanza N° 212 establece lo siguiente:

“(…) déjese sin efecto todas las Licencias Especiales dadas a la fecha, para los establecimientos comerciales ubicados en las referidas zonas.”

60. Esta disposición resulta contraria al derecho al debido proceso. **La Municipalidad demandada no puede revocar licencias sin que haya precedido un procedimiento**, en cada caso, esto es, **con respecto a la situación individual de cada titular** de los establecimientos ubicados en la zona que se encuentra bajo el ámbito de la aplicación de la Ordenanza.”.

24. El mencionado dispositivo legal también contempla el derecho que le asiste al administrado en los supuestos en que la revocación le genere algún tipo de daño:

“Artículo 205.- Indemnización por revocación

205.1. Cuando la revocación origine perjuicio económico al administrado, la resolución que la decida deberá contemplar lo conveniente para efectuar la indemnización correspondiente en sede administrativa.

205.2. Los actos incurridos en causal para su revocación o nulidad de oficio, pero cuyos efectos hayan caducado o agotado, serán materia de indemnización en sede judicial, dispuesta cuando quede firme administrativamente su revocación o anulación.”

25. Mediante la Resolución N° 1535-2010/SC1-INDECOPI, la Sala de Defensa de la Competencia N° 1 ha establecido el precedente de observancia obligatoria que interpreta los alcances del procedimiento de revocación señalados en los artículos 203° y 205° de la Ley del Procedimiento Administrativo General¹⁵. Conforme a dicho precedente, la entidad que revoque o modifique actos administrativos que confieren o declaran derechos, deben de cumplir con lo siguiente:

- Que la revocación sea efectuada por la más alta autoridad de la entidad competente;
- Que se permita a los particulares el ejercicio del derecho de defensa, pudiendo presentar los alegatos y medios de prueba que consideren pertinentes;
- Que en caso la revocación origine un perjuicio económico a los particulares, la resolución que la decida contemple una indemnización a su favor;

26. En el presente caso, la Licencia de Funcionamiento N° 00313 con que cuenta la denunciante, expedida el 26 de Octubre de 2001, señala expresamente el horario de funcionamiento del local, lo cual se condice con lo indicado en la

15 La Sala ha señalado lo siguiente, como precedente de observancia obligatoria

“a) El desconocimiento de derechos o intereses conferidos por un acto administrativo debe respetar los requisitos para efectuar la revocación establecidos en los artículos 203 y 205 de la Ley 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General. **La omisión de cualquiera de dichos requisitos constituye barrera burocrática ilegal.**

b) Constituyen revocaciones indirectas el impedimento o restricción del ejercicio de los derechos o intereses conferidos por un acto administrativo, sin que exista un pronunciamiento expreso desconociendo tales prerrogativas. **Todas las revocaciones indirectas son ilegales**, porque ello implica que la administración no siguió el procedimiento establecido en los artículos 203 y 205 de la Ley 27444.

c) Cuando el cambio de circunstancias que origina la revocación es atribuible al propio administrado, no resulta aplicable el procedimiento de revocación regulado en los artículos 203 y 205 de la Ley 27444.”
(Lo resaltado es nuestro).

Ordenanza N° 176¹⁶, la cual **regula los horarios de funcionamiento** en los locales comerciales de su jurisdicción de 6:00 a.m a 23:00 p.m, para establecimientos con giro de actividades de comercio, servicios o industrias. En ese sentido, se entiende que la licencia de funcionamiento fue otorgada a la denunciante con una restricción de horario respecto del cierre del local a las 23.00 p.m.

27. De ese modo, al aplicar el horario de funcionamiento (de 6:00 a.m. a 23.00 p.m.) establecido en la Ordenanza N° 176, la Municipalidad no ha modificado las condiciones que fueron conferidas a la denunciante.
28. Por todo lo expuesto, corresponde declarar que la restricción de funcionamiento del local de la denunciante, dispuesta en el artículo 22° de la Ordenanza N° 176, no constituye barrera burocrática ilegal, en tanto no vulnera lo establecido en los artículos 203° y 205° de la Ley N° 27444.

E. Evaluación de razonabilidad:

29. Habiéndose identificado que la restricción horaria de funcionamiento del local comercial de la denunciante materializada en el artículo 22° de la Ordenanza N° 176 y efectivizada en la Resolución de Sanción N° 009345 y en el Acta de Medida Complementaria de Ejecución Posterior N° 003512, no constituye una barrera burocrática ilegal, esta Comisión debe evaluar si corresponde proseguir con el análisis de razonabilidad en cada uno de los extremos materia de denuncia, de conformidad con la metodología aplicada y con el precedente de observancia obligatoria sancionado en la Resolución N° 182-97-TDC¹⁷.
30. 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 horarias¹⁸.

¹⁶ Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 3 de agosto de 2008.

¹⁷ En efecto, de acuerdo al diagrama de flujos anexo a la Resolución N° 182-97-TDC, al determinarse la ilegalidad de una medida (sea por razones de fondo o de forma), la Comisión puede declarar fundada una denuncia. Si es que supera el análisis de legalidad, la Comisión debe evaluar la razonabilidad.

¹⁸ Ver Sentencia recaída en el Expediente N° 00016-2009-AI: *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 solo podrá ser efectuada si las medidas legales son racionales y proporcionales.*

31. Cabe indicar que 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 manera similar por distintos tribunales en el mundo¹⁹ y administraciones públicas²⁰ que buscan una mejora regulatoria. Con este tipo de evaluación lo que se pretende es que las exigencias y prohibiciones que se imponen a los particulares hayan sido producto de un proceso de análisis por parte de la autoridad en el que se justifique la necesidad y la proporcionalidad en atención a un interés público, de tal manera que la medida sea más beneficiosa que los costos sociales que esta va a generar.
32. En el Perú, conforme al artículo 26BIS° del Decreto Ley N° 25868 y el artículo 23° del Decreto Legislativo N° 1033²¹, se ha asignado a esta Comisión el encargo de 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 al caso concreto. Dicha facultad, en modo alguno implica sustituir a la autoridad local o sectorial en el ejercicio de sus funciones, sino únicamente verificar por encargo legal que las regulaciones administrativas emitidas tengan una justificación razonable, tomando en cuenta su impacto en el ejercicio al derecho a la libre iniciativa privada.
33. De conformidad con la metodología establecida en el precedente de observancia obligatoria sancionado en la Resolución N° 182-97-TDC, habiendo identificado que la restricción horaria cuestionada no constituye una barrera burocrática ilegal, debe verificarse si corresponde efectuar el análisis de razonabilidad.

19

Stone Sweet, Alec y Mathews, Jud. "Proportionality Balancing and Global Constitutionalism". Faculty Scholarship Series, 2008, Paper 14. Disponible en: (http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/14).

Clérico, Laura, "El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional", 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.

20

En países como Estados Unidos de Norteamérica (EE.UU), México (MX), Reino Unido (RU), entre otros, existen agencias dependientes del Gobierno, encargadas de verificar, 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 disposiciones 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).

21

Decreto Legislativo N° 1033

Artículo 23°.- De la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas

Corresponde a la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas aplicar las leyes que regulan el control posterior y eliminación de las barreras burocráticas ilegales o carentes de razonabilidad que afectan a los ciudadanos y empresas, y velar por el cumplimiento de las normas y principios que garantizan la simplificación administrativa, así como de aquellas que complementen o sustituyan a las anteriores.

Según dicho precedente, para que la Comisión inicie el análisis de razonabilidad, es necesario que la denunciante aporte elementos de juicio en los que se sustente por qué considera que la medida: (i) establece tratamientos discriminatorios; (ii) carece de fundamentos (medida arbitraria); o, (iii) resulta excesiva en relación a sus fines (medida desproporcionada).

34. Sobre el particular, la denunciante ha señalado lo siguiente²²:
- (i) *La medida impuesta por la Municipalidad es arbitraria, toda vez que no constituye un estímulo a la creación de la riqueza y no garantiza la libertad de acceso al mercado.*
 - (ii) *La Municipalidad ha incumplido con la obligación de probar la finalidad pública que justifique objetiva y razonablemente la restricción horaria cuestionada, ya que de la lectura de la norma no se encuentra la justificación de establecer restricción de horarios para ciertas actividades comerciales.*
 - (iii) *La Municipalidad tiene un trato discriminatorio, toda vez que permite que otros establecimientos comerciales funcionen después de las 23:00 horas. En algunos casos como en el caso de las discotecas, videos pubs, peñas y otras similares que funcionan hasta las 3:00 am.*
35. Respecto al argumento (i) la denunciante menciona que la medida cuestionada es arbitraria; sin embargo, se debe mencionar que la arbitrariedad²³ es entendida como la actuación de la administración pública que no se encuentra debidamente motivada o justificada afectando el interés del administrado o el interés público.
36. En el presente caso lo indicado por la denunciante no es un argumento que guarde relación con un trato arbitrario, por lo tanto no constituye un indicio²⁴ suficiente para que la Comisión pueda realizar su análisis.
37. Con relación al argumento (iii) la denunciante menciona que existe *un trato discriminatorio*²⁵ *por parte de la Municipalidad, toda vez que algunos*

²² Argumentos señalados en el escrito de denuncia (folios 2 y 3 del expediente).

²³ Según el diccionario de la Real Academia Española:
Arbitrariedad: 1. f. Acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho.

²⁴ Según el diccionario de la Real Academia Española:
Indicio: (Del lat. *indicium*). 1. m. Fenómeno que permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido. La fuga del sospechoso fue un indicio de su culpa.

²⁵ Según el diccionario de la Real Academia Española:

establecimientos funcionan pasado el horario de funcionamiento establecido. Al respecto, cabe mencionar que los horarios de funcionamiento de los establecimientos comerciales establecidos por la Municipalidad es de alcance general a toda la jurisdicción del distrito del Rímac de acuerdo a lo señalado en el artículo 2º de la Ordenanza N° 176:

“Ordenana N° 176

Titulo I

Disposiciones Generales.-

Alcances, Finalidad, Principios y Objetivos

Artículo 2º.- La presente ordenanza está dirigida a toda persona natural y/o jurídica que realicen actividades comerciales, industriales y/o servicios en la jurisdicción del distrito del Rímac“.

38. En atención a ello, los cuestionamientos relacionados con un trato discriminatorio alegados por la denunciante, no pueden considerarse como argumentos vinculados a la presunta existencia de “una medida arbitraria”, conforme al precedente de observancia obligatoria antes mencionado, por lo tanto no constituye un indicio suficiente para que la Comisión pueda realizar su análisis.
39. Sobre el argumento (ii) esta Comisión considera que el indicio presentado por la denunciante resulta suficiente para realizar el análisis de razonabilidad de la restricción horaria vinculada al funcionamiento del local comercial, dado que la denunciante ha señalado que la medida carece de fundamentos de orden público, que justifiquen objetiva y razonablemente la expedición de los actos administrativos cuestionados. Estos cuestionamientos pueden considerarse como argumentos vinculados a la presunta existencia de “falta de interés público”, conforme al precedente de observancia obligatoria antes mencionado.
40. De ese modo, de acuerdo con el precedente de observancia obligatoria sancionado en la Resolución N° 182-97-TDC, corresponde a la Municipalidad acreditar el cumplimiento de los siguientes aspectos²⁶:

Discriminación: 1. f. Acción y efecto de discriminar.

Discriminar: 1. tr. Seleccionar excluyendo.

²⁶

A través de la Resolución N° 182-97-TDC, el Tribunal de Indecopi estableció lo siguiente:

“En tal sentido, la entidad denunciada tiene la carga de probar ante la Comisión: (i) El interés público que justificó la medida impugnada y los beneficios para la comunidad que se esperaban obtener con ella. Por ejemplo, indicando en qué forma y en qué medida se había previsto que la exigencia impuesta contribuiría con el fin propuesto. (ii) Que las cargas o restricciones impuestas sobre los administrados eran adecuadas o razonables, teniendo en cuenta los fines que se pretendía alcanzar; lo que significa haber evaluado la magnitud y proporcionalidad de los costos que los agentes económicos deberían soportar, así como los efectos que tales cargas tendrían sobre las actividades productivas. (iii) Que existen elementos de juicio que permiten arribar a la conclusión, en términos generales, que la exigencia cuestionada era una de las opciones menos gravosas para los interesados, en relación con las demás opciones existentes para lograr el fin previsto. Ello implica demostrar que se analizó otras alternativas que permitieran alcanzar el mismo objetivo a un menor costo y exponer las razones por las que fueron descartadas.”

- a) Que la restricción se encuentra justificada por un interés público y que es idónea para solucionar el problema que lo afecta.
- b) Que la restricción es proporcional a los fines que quiere alcanzar. En otras palabras, que los beneficios obtenidos por la restricción son mayores que los costos impuestos por ella.
- c) Que, en términos generales, la restricción cuestionada es la medida menos gravosa para el administrado con relación con otras opciones existentes que podrían lograr la misma finalidad.

E.1 Interés Público:

- 41. De acuerdo a lo señalado por la Sala en diversos pronunciamientos²⁷, para cumplir con el presente nivel de análisis, no basta con que la entidad denunciada haga mención a un objetivo público que justifique la medida, sino que es necesario acreditar la existencia de una problemática concreta que requiera su implementación, además de explicar de qué manera esta restricción tiene alguna causalidad con la solución del problema.
- 42. En ese sentido, esta etapa del análisis de razonabilidad supone que la Municipalidad sustente²⁸: (i) si lo que se pretende obtener con la medida se vincula a un interés público a su cargo; (ii) si existe una problemática que afecte el interés público señalado; y (iii) si la medida restrictiva de horario tiene la aptitud suficiente para solucionar la referida problemática. Es decir, que no basta con alegar la existencia de un interés público que se pretende tutelar, sino que resulta necesario que la entidad que aplique una restricción de este tipo acredite la existencia de un problema que afecta dicho interés público y que demuestre que la medida adoptada es la apropiada para lograr la protección del mismo y atenuar los problemas causados.
- 43. De la información que presentó la Municipalidad, no se evidencian argumentos que permitan verificar que el desarrollo de dichas actividades en el referido horario sean las que generan un perjuicio a la seguridad ciudadana y a la tranquilidad e integridad de los ciudadanos que frecuentan dicho establecimiento.

²⁷ 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.

²⁸ Esta división en tres sub-etapas de la acreditación del interés público ha sido desarrollada por la Sala precisamente en un caso de restricciones horarias. Ver Resolución N° 537-2013/SDC del 21 de marzo de 2013.

44. El Tribunal Constitucional, ha señalado que respecto de la fijación de una **restricción del horario de funcionamiento** de un determinado establecimiento, dicha medida resulta una medida idónea y justificada para proteger la tranquilidad vecinal (afectada por la generación de ruidos molestos), pero no para resolver problemas de seguridad o de comisión de delitos en sus jurisdicciones²⁹.
45. A pesar de lo señalado y considerando que la Municipalidad no presentó información que permita analizar la razonabilidad de la medida cuestionada, se evidencia que dicha restricción no califica como una medida que se justifica en dicho interés público, el cual válidamente se busca proteger.
46. En consecuencia, la restricción horaria establecida en el artículo 22^o de la Ordenanza N° 176, no supera el primer análisis de razonabilidad.

E.2 Proporcionalidad:

47. El precedente de observancia obligatoria aplicable al presente caso, establece que para determinar la proporcionalidad de una medida, la Administración Pública debe haber evaluado la magnitud de los costos que los agentes económicos afectados deberán soportar a consecuencia de la restricción³⁰ en comparación con los beneficios que la restricción genera para la sociedad.

29

En la Sentencia emitida en el Expediente N° 007-2006-PI/TC, el Tribunal Constitucional señaló textualmente lo siguiente:

31. *La restricción del horario de atención no constituye una medida idónea para la prosecución del objetivo que se propone la Municipalidad. En efecto, la protección de la integridad, la vida y la seguridad de los trabajadores de los establecimientos comerciales así como de los concurrentes a ellos puede proveerse a través de la implementación de un adecuado servicio de la Policía Nacional y del servicio de Serenazgo de la propia Municipalidad e, incluso, establecerse como deber de los propios establecimientos comerciales, resultante de los servicios que brindan. En suma, la protección de aquellos derechos puede lograrse a través de un mayor y más adecuado servicio de seguridad, mas no a través de la restricción de los horarios de atención nocturnos y de madrugada.*

32. *Podría restringirse, incluso más, tal horario, pero ello no garantizaría la vida, la seguridad y la integridad de los trabajadores y de los concurrentes a los establecimientos.*

(...)

37. *Análisis de idoneidad. La medida restrictiva constituye un medio adecuado o apto para la prosecución del objetivo. La restricción del horario de atención de los establecimientos introducida por la Ordenanza, justamente en las horas de descanso o del dormir de las personas, impide que la elevada contaminación acústica de la zona continúe durante las horas de descanso o del dormir de las personas, posibilitando de ese modo un entorno acústicamente sano para el desarrollo normal de aquellas necesidades.*

30

En la Resolución N° 182-97-TDC se establece lo siguiente en cuanto al análisis de proporcionalidad:

“En tal sentido, la entidad denunciada tiene la carga de probar ante la Comisión: (...) (ii) Que las cargas o restricciones impuestas sobre los administrados eran adecuadas o razonables, teniendo en cuenta los fines que se pretendía alcanzar; lo que significa haber evaluado la magnitud y proporcionalidad de los costos que los agentes económicos deberían soportar, así como los efectos que tales cargas tendrían sobre las actividades productivas. (...).”

48. Sobre el particular, la Sala ha señalado que la entidad denunciada 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 medida³¹.
49. El Tribunal Constitucional, mediante Sentencia emitida el 18 de marzo de 2009 en el Expediente N° 04466-2007-PA/TC³², 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”.*
50. Teniendo en cuenta lo señalado, la Municipalidad tiene la carga de acreditar que los beneficios para la seguridad ciudadana y tranquilidad pública obtenidos por los horarios cuestionados son mayores que los costos derivados por estas restricciones. 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.
51. Debe tenerse en cuenta que la obligación que exige el precedente de observancia obligatoria aprobado por Resolución N° 182-97-TDC, para que las entidades acrediten la proporcionalidad de las restricciones que imponen a los agentes económicos, no requiere necesariamente de una estricta cuantificación de los costos que involucraría las medidas administrativas. 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 negativo de la regulación a implementar sobre los agentes afectados.
52. De la información alcanzada en esta oportunidad por la Municipalidad, no se aprecia referencia alguna que acredite que en la adopción de las medidas cuestionadas, se hayan evaluado los costos y beneficios que estas generarían. De ello se entiende que, al momento de adoptar su decisión la administración no habría evaluado con pruebas concretas (i) cuáles van a ser las pérdidas económicas de los locales, (ii) cuántos puestos de trabajo se perderían, (iii) cuál sería el incremento de costos de supervisión de las medidas en que tendrían que incurrir, entre otros, comparados con los beneficios esperados de las medidas, los mismos que estarían relacionados con las ventajas concretas que se

³¹ Ver Resoluciones N° 0922-2009/SC1-INDECOPI y N° 1511-2009/SC1-INDECOPI.

³² Posterior a la Sentencia N° 00850-2008-PA/TC.

producirían para la reducción del índice delincencial y el incremento de la seguridad y salud en el distrito.

53. No obstante que la Municipalidad tenía la carga de probar dicha justificación, conforme se le hizo notar al momento de admitirse a trámite la denuncia³³ y de acuerdo a lo dispuesto en el precedente de observancia obligatoria³⁴ aplicable a los casos de barreras burocráticas, no ha presentado información o documentación que demuestre haber evaluado los aspectos antes mencionados.
54. Lo indicado hace suponer que la Municipalidad habría establecido la restricción cuestionada sin tener en cuenta los perjuicios que estas podrían generar, aspecto que resulta necesario para determinar la proporcionalidad de una medida.
55. En consecuencia, toda vez que no se ha acreditado que la restricción de horario de funcionamiento materializada en el artículo 22º de la Ordenanza N° 176 y efectivizada en la Resolución de Sanción N° 009345 y en el Acta de Medida Complementaria de Ejecución Posterior N° 003512, sea una medida proporcional, se determina que esta no supera el segundo análisis de razonabilidad.

E.3 Opción menos gravosa:

56. El precedente de observancia obligatoria aprobado mediante Resolución N°0182-97-TDC, exige como última etapa del análisis de razonabilidad que la autoridad demuestre que la barrera denunciada fue la opción menos costosa para alcanzar la finalidad pública propuesta³⁵. Esto implica acreditar que la decisión de adoptar la restricción fue el resultado de una serie de alternativas previamente planteadas que sean igualmente efectivas, de tal manera que se haya optado por la que tuviera un menor impacto y costos para los agentes que

³³ La Resolución N° 0795-2014/STCEB-INDECOPI del 15 de diciembre de 2014, dispuso en su Resolución Tercero lo siguiente:
Tercero: *al formular sus descargos, la Municipalidad Distrital del Rímac deberá presentar información que permita evaluar la legalidad y razonabilidad de las barreras burocráticas denunciadas, tomando como referencia lo establecido en el precedente de observancia obligatoria sancionado por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi mediante la Resolución N° 182-97-TDC del 20 de agosto de 1997.*

³⁴ Resolución N° 182-97-TDC del 20 de agosto de 1997.

³⁵ En la Resolución N° 0182-97-TDC, la Sala señaló lo siguiente: *En tal sentido, la entidad denunciada tiene la carga de probar ante la Comisión: (...) (iii) Que existen elementos de juicio que permiten arribar a la conclusión, en términos generales, que la exigencia cuestionada era una de las opciones menos gravosas para los interesados, en relación con las demás opciones existentes para lograr el fin previsto. Ello implica demostrar que se analizó otras alternativas que permitieran alcanzar el mismo objetivo a un menor costo y exponer las razones por las que fueron descartadas.*

tienen la obligación de cumplirla, además de señalar las razones por las que las demás medidas fueron descartadas.

57. Para evaluar si la Municipalidad adoptó la opción menos gravosa o costosa para los afectados, es necesario que dicha entidad presente información y/o documentación que acredite que evaluó otras posibles opciones para conseguir el objetivo de la norma, así como los motivos por los que éstas fueron desechadas.
58. En el presente caso, de la información proporcionada por la Municipalidad no se evidencia que haya tenido en cuenta que la restricción cuestionada fue la opción menos costosa para alcanzar la finalidad pública propuesta.
59. Si bien una limitación de horario de funcionamiento no es una medida que automáticamente excluye 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 el denunciante podría desarrollar su negocio.
60. De la información presentada por la Municipalidad no se demuestra que esta haya cumplido con señalar otras medidas menos costosas y que por ende, haya optado por alguna de ellas, pues conforme se aprecia de la propia ordenanza que materializa la barrera, la medida ha sido impuesta a todo el distrito, sin diferenciar las zonas en las cuales se habrían identificado los problemas de salud, tranquilidad y seguridad pública que, según indica la Municipalidad, sustentarían la restricción horaria.
61. Al respecto, la Sala, conforme ha sido indicado previamente, interpretando la Sentencia recaída en el Expediente N° 000007-2006-AI, ha señalado que las medidas de restricción horaria se encuentran validadas por el Tribunal Constitucional en tanto hayan sido aplicadas en zonas específicas en donde se detecte una problemática y *no de modo generalizado en todo un distrito*. Según la Sala, este tipo de medidas generalizadas no resultan razonables debido a que ello supondría que la totalidad del distrito se encuentra aquejada de la problemática y/o que todos los establecimientos que vendan bebidas alcohólicas generen problemas de inseguridad o tranquilidad pública³⁶.

³⁶

Ver considerandos N° 82 al 90 de la Resolución N° 0692-2011/SC1-INDECOPI.

62. En consecuencia, toda vez que no se ha acreditado que la restricción horaria de funcionamiento dentro de todo el distrito, sea la opción menos gravosa para los agentes económicos a fin de solucionar el problema de seguridad, salud y tranquilidad pública que alega la Municipalidad, se determina que esta no supera el tercer análisis de razonabilidad.
63. Por lo tanto, corresponde declarar barrera burocrática carente de razonabilidad la restricción horaria de funcionamiento materializada en el artículo 22º de la Ordenanza N° 176 y efectivizada en la Resolución de Sanción N° 009345 y en el Acta de Medida Complementaria de Ejecución Posterior N° 003512.
64. Cabe señalar que el presente pronunciamiento no impide a la Municipalidad supervisar y fiscalizar que los administrados cumplan con las condiciones necesarias para no afectar la seguridad y tranquilidad del vecindario y que los mismos desarrollen sus actividades económicas de acuerdo al ordenamiento jurídico vigente, bajo apercibimiento de aplicar las sanciones que correspondan.

POR LO EXPUESTO:

En uso de sus atribuciones y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26BISº del Decreto Ley N° 25868 y el artículo 48º de la Ley N° 27444, modificado por la Ley N° 28996; así como en la Sexta Disposición Transitoria del Decreto Legislativo N° 807;

RESUELVE:

Primero: declarar que no constituye barrera burocrática ilegal la restricción horaria de funcionamiento materializada en el artículo 22º de la Ordenanza N° 176, Ordenanza que regula el otorgamiento de la Licencia Única de Funcionamiento en el distrito del Rímac y efectivizada en la Resolución de Sanción N° 009345 y en el Acta de Medida Complementaria de Ejecución Posterior N° 003512, impuestas por la Municipalidad Distrital del Rímac contra la señora Alejandrina Robles de Virhuez.

Segundo: declarar barrera burocrática carente de razonabilidad la restricción horaria de funcionamiento materializada en el artículo 22º de la Ordenanza N° 176, Ordenanza que regula el otorgamiento de la Licencia Única de Funcionamiento en el distrito del Rímac y efectivizada en la Resolución de Sanción N° 009345 y en el Acta de Medida Complementaria de Ejecución Posterior N° 003512, en consecuencia, fundada la denuncia presentada por la señora Alejandrina Robles de Virhuez contra la Municipalidad Distrital del Rímac.

Tercero: disponer que se inaplique a la denunciante la barrera burocrática declarada carente de razonabilidad en el presente procedimiento y los actos que la efectivicen, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48º de la Ley N° 27444, modificado por la Ley N° 28996.

Cuarto: declarar que el incumplimiento de lo dispuesto en la presente resolución podrá ser sancionado de conformidad con lo dispuesto en el literal a) del artículo 26BISº del Decreto Ley N° 25868.

Con la intervención y aprobación de los señores miembros de la Comisión: Luis Ricardo Quesada Oré, Cristian Ubia Alzamora, Rafael Alejandro Vera Tudela Wither y Víctor Sebastián Baca Oneto.

***LUIS RICARDO QUESADA ORÉ
PRESIDENTE***