

0105-2015/CEB-INDECOPI

13 de marzo de 2015

EXPEDIENTE N° 000463-2014/CEB

DENUNCIADA : MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE BARRANCO

DENUNCIANTE : MULIN S.A.

RESOLUCIÓN FINAL

SUMILLA: *Se declara que constituyen barreras burocráticas carentes de razonabilidad las siguientes disposiciones emitidas por la Municipalidad Distrital de Barranco:*

- (i) La restricción horaria para la venta de bebidas alcohólicas, materializada en el artículo primero de la Ordenanza N° 271-MDB, que prohíbe el consumo de licor en la vía pública y establecen horarios para el expendio y consumo de bebidas alcohólicas.*
- (ii) La restricción horaria de funcionamiento (vinculada al cierre del local), materializada en el artículo segundo de la Ordenanza N° 271-MDB.*

La Municipalidad no ha presentado información que permita demostrar la razonabilidad de establecer dichas medidas de modo generalizado para todo el ámbito territorial del distrito y no sólo para una zona o sector del mismo en el que se presenten problemas de tranquilidad vecinal, así como de seguridad ciudadana y salud pública, por el funcionamiento de este tipo de establecimientos y por la venta de bebidas alcohólicas, respectivamente.

Se declara barrera burocrática ilegal la prohibición de fumar y de mantener encendidos productos de tabaco en todos los centros públicos y privados de esparcimiento, materializada en el inciso d) del artículo 3° de la Ordenanza N° 342-MDB, en tanto la Municipalidad no cuenta con facultades para normar aquellos asuntos que han sido regulados por la Ley N° 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco, lo cual contraviene el Principio de Legalidad reconocido en el artículo VIII° y el artículo 38° de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, en concordancia con la

Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Además, la prohibición resulta ilegal en tanto crea un supuesto no contemplado en la Ley N° 28705.

Se dispone la inaplicación a la denunciante de la barrera burocrática declarada ilegal y de las barreras burocráticas declaradas carentes de razonabilidad, de acuerdo a 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.

Se precisa que lo resuelto por la Comisión no desconoce la potestad supervisora y sancionadora que debe ejercer la Municipalidad para salvaguardar la tranquilidad, seguridad y salud pública del distrito y para el control de la emisión de humos de productos derivados del tabaco, conforme a sus competencias previstas en la Ley N° 27972 y la Ley N° 28705.

La Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas:

I. ANTECEDENTES:

A. La denuncia:

1. Mediante escrito presentado el 10 de diciembre de 2014, Mulin S.A. (en adelante, la denunciante) interpuso denuncia contra la Municipalidad Distrital de Barranco (en adelante, la Municipalidad), por la imposición de barreras burocráticas¹ presuntamente ilegales y/o carentes de razonabilidad consistentes en:
 - (i) La restricción horaria de venta de bebidas alcohólicas materializada en el artículo primero de la Ordenanza N° 271-MDB, que prohíbe el consumo de licor en la vía pública y establecen horarios para el expendio y consumo de bebidas alcohólicas.
 - (ii) La restricción horaria de funcionamiento materializada en el artículo segundo de la Ordenanza N° 271-MDB.

¹ La denuncia se encuentra vinculada con el local de la denunciante "El Dragón de Barranco", ubicado en la Av. Nicolás de Pierola N° 166 - 168 distrito de Barranco y con Certificado N° 189-14 - Licencia de Apertura y Funcionamiento N° 001079 del 27 de octubre de 2014.

- (iii) La prohibición de fumar y mantener encendidos productos de tabaco en todos los centros públicos y privados de esparcimiento, materializada en el literal d) del artículo 3º de la Ordenanza N° 342-MDB, que aprueba el Régimen de prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco.

2. Fundamenta su denuncia en los siguientes argumentos:

- (i) El establecimiento comercial se denomina “El Dragón de Barranco” cuyo giro es Bar (No cantina), Peña (c/acustico), Sala de Reuniones Sociales, opera hace más de 15 años para lo cual ha invertido en publicidad, marketing y merchandising, creando una marca de servicios y de espectáculos públicos de reconocida trayectoria en el medio local.
- (ii) El personal de la Sub Gerencia de Fiscalización de la Municipalidad en forma permanente amenaza con sancionar el local comercial, si no cumple con lo dispuesto en los artículos primero y segundo de la Ordenanza N° 271-MDB y con lo establecido en el literal d) del artículo 3º de la Ordenanza N° 342-MDB.
- (iii) La Municipalidad debe adecuarse a lo establecido en el Principio de Legalidad establecido en el Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, que dispone que las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo a los fines que le fueron conferidas.
- (iv) Los artículos primero y segundo de la Ordenanza N° 271-MDB y el literal d) del artículo 3º de la Ordenanza N° 342-MDB, vulneran la Constitución Política del Perú y lo dispuesto en los artículos 1º, 2º, 3º y 4º del Decreto Legislativo N° 757, pues contravienen la libre iniciativa y las inversiones privadas, ya que dichas normas establecen que no puede limitarse el acceso directo e indirecto de los inversionistas o empresas en que estos participen en función a la forma empresarial que adopten, regulaciones que son de observancia obligatoria por todos los organismos públicos incluyendo las municipalidades.
- (v) Los artículos primero y segundo de la Ordenanza N° 271-MDB y el literal d) del artículo 3º de la Ordenanza N° 342-MDB, infringen el Principio de razonabilidad o proporcionalidad, que es consustancial al Estado Social y

Democrático de Derecho, el cual está regulado en el numeral 1.4 del artículo IVº de la Ley N° 27444, que establece que las decisiones de la autoridad administrativa, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

- (vi) Las restricciones horarias impuestas por la Municipalidad no constituyen un estímulo a la creación de riqueza y no garantizan una irrestricta libertad de acceso al mercado e iniciativa privada y lo que es peor dichas restricciones carecen de fundamentos de orden público, que justifiquen objetiva y razonablemente la expedición de los actos administrativos cuestionados.
- (vii) Es razonable toda intervención municipal en la medida que es consecuencia de un fundamento legal y fácticamente admisible, sin embargo, es arbitrario donde este se encuentre ausente. En el presente caso, se trata de medidas arbitrarias, toda vez que existen elementos de juicio razonables acerca de la existencia de las barreras burocráticas irracionales que impiden y obstaculizan el acceso o la permanencia de nuestra actividad económica en el mercado.
- (viii) Se adjunta como medio probatorio la Resolución N° 0059-2014/CEB-INDECOPI del 14 de febrero de 2014 mediante la cual la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (en adelante, la Comisión) declaró como barreras burocráticas a las restricciones y a las prohibiciones cuestionadas en su denuncia².

B. Admisión a trámite:

3. Mediante Resolución N° 0017-2015/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. Dicha resolución fue notificada a la Municipalidad, al Procurador Público de la Municipalidad y a la denunciante el 9 de enero de 2015, conforme consta en los cargos de las cédulas de notificación respectivas³.

² Expediente N° 000247-2013/CEB, seguido por Inka Surf Export e Import S.A.C. contra la Municipalidad Distrital de Barranco.

³ Cédulas de Notificación N° 42-2015/CEB (dirigida a la Municipalidad), N° 43-2015/CEB (dirigida al Procurador Público de la Municipalidad y N° 41-2015/CEB (dirigida a la denunciante).

C. Contestación de la denuncia:

4. El 16 de enero de 2015, la Municipalidad señaló que la denuncia presentada no cumple con los requisitos establecidos en el Precedente de Observancia Obligatoria contenida en la Resolución N° 182-97-TDC, el cual señala que el denunciante debe aportar elementos de juicio razonables acerca de la posible existencia de una barrera burocrática irracional que podría impedir u obstaculizar el acceso o la permanencia de los agentes económicos en el mercado, por establecer tratamientos discriminatorios, por carecer de fundamentos (medidas arbitrarias) o por resultar excesiva en relación a sus fines (medidas desproporcionales).
5. La denuncia no indica expresamente que la Ordenanza N° 342-MDB, establezca un trato discriminatorio contra la denunciante.
6. La admisión de la denuncia resulta atentatoria al derecho del debido proceso y legítima defensa, toda vez que la ausencia de los requisitos ante mencionados hacen imposible rebatir supuestos elementos de juicios razonables acerca de la existencia de una barrera burocrática irracional.
7. Asimismo, presentó sus descargos con base en los siguientes argumentos:

a) Respecto a la Ordenanza N° 271-MDB:

- (i) La Ordenanza N° 271-MDB fue emitida en el marco de lo dispuesto por los artículos 9° y 39° de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades. Dicha ordenanza a la fecha no ha sido objeto de cuestionamiento y/o impugnación administrativa o jurisdiccional dirigida a dejarla sin efecto, muy por el contrario es respetada por los vecinos del distrito.
- (ii) La regulación horaria se ha realizado en el marco de una política nacional que se dispuso entre los años 2006 y 2007, cuyo objeto era disminuir los efectos que genera el consumo excesivo de bebidas alcohólicas durante la noche.

- (iii) Las restricciones horarias establecidas buscan reducir el índice delincencial existente en el distrito de Barranco, pues se genera una asociación entre el licor y los actos delictivos.
- (iv) Las restricciones horarias buscan evitar la perturbación de la tranquilidad y del orden público provocados por la prostitución clandestina, el consumo de drogas originado por su comercialización y los escándalos generados por los concurrentes a los establecimientos que expenden licor y funcionan hasta altas horas de la noche.
- (v) El artículo 79° de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades establece que las municipalidades son competentes para normar y regular el funcionamiento de los establecimientos comerciales, industriales y actividades profesionales en sus distritos. En dicho sentido, se encuentran facultadas para dictar disposiciones necesarias para garantizar que el funcionamiento de los locales autorizados no afecte la seguridad, salud y tranquilidad del vecindario.
- (vi) El artículo 3° de la Ley N° 28681, que Regula la Comercialización, Consumo y Publicidad de Bebidas Alcohólicas establece que sólo los establecimientos autorizados por las municipalidades de su jurisdicción, podrán comercializar bebidas alcohólicas dentro del giro o modalidad y horario específico que se establezca reglamentariamente y con las restricciones establecidas en ordenanzas municipales y en dicha ley.
- (vii) El artículo 5° del Reglamento de la Ley N° 28681⁴, establece que las municipalidades de acuerdo a sus competencias y atribuciones, podrán aprobar ordenanzas que establezcan horarios de venta o expendio de bebidas alcohólicas, de acuerdo a las modalidades señaladas en el artículo 4° del citado reglamento.
- (viii) La Ordenanza N° 271-MDB, ha sido emitida considerando el marco legal vigente al momento de su emisión. La limitación al horario de venta de bebidas alcohólicas ha sido sustentada en razones de seguridad o tranquilidad pública.

⁴ Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 012-2009-SA.
M-CEB-02/1E

b) Respecto a la Ordenanza N° 342-MDB:

- (i) El artículo 18° de la Ley N° 28706, Ley general para la prevención y control de los riesgos del consumo del tabaco, establece que: “Las municipalidades, el Ministerio de Salud, el INDECOPÍ y la Comisión Nacional Permanente de Lucha Antitabáquica, en el ámbito de sus competencias realizarán las inspecciones necesarias que aseguren el cumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley”.
- (ii) El artículo 11° del Reglamento de la Ley N° 28705⁵, establece que las Municipalidades vigilarán y harán cumplir las disposiciones contenidas en el presente Reglamento y aplicarán las sanciones de acuerdo a sus competencias y facultades establecidas por Ley.
- (iii) El inciso 2 del artículo 48° del Reglamento de la Ley N° 28705, señala que: “Corresponde (...) a las Municipalidades Provinciales y Distritales a través de sus áreas de fiscalización, en el ámbito de sus competencias, imponer las sanciones derivadas de las actividades señaladas en los literales b), c) y d) del numeral 12.1 del Reglamento. El Ministerio de Salud aprobará mediante Resolución Ministerial los Lineamientos para la aplicación de sanciones conforme a la Ley y al Reglamento. En el caso de los Gobiernos Regionales y Municipalidades, deberán emitir las Ordenanzas Regionales o Municipales respectivas.
- (iv) En virtud de las citadas disposiciones legales, la Ordenanza N° 342-MDB, fue emitida en el marco legal vigente.
- (v) Lo establecido en el inciso c) del artículo 3° de la Ordenanza N° 342-MDB, se encuentra acorde con lo establecido en el Decreto Supremo N° 001-2011-SA, el mismo que modificó, entre otros, el numeral 1 del artículo 4° del Reglamento de la Ley N° 28705, estableciendo que todo lugar de acceso público que se encuentre cubierto por un techo y que tenga más de una pared, independientemente del material utilizado, de su extensión o altura y de su carácter temporal o permanente⁶.

⁵ Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 015-2008-SA.

⁶ Decreto Supremo N° 001-2011-SA, que modifica el Reglamento de la Ley N° 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco, aprobado por Decreto Supremo N° 015-2008-SA y modificado por Decreto Supremo N° 001-2010-SA.

Artículo 4.- Definiciones.-

- (vi) La Ordenanza N° 342-MDB, no excede los límites de la ley ni del reglamento, por lo tanto no estaría limitando los derechos de la denunciante, toda vez que la Municipalidad no ha dispuesto nuevas restricciones, sino que ha adecuado su ordenamiento jurídico a las normas ya existentes, que han sido emitidas por el Decreto Supremo N° 001-2011-SA.
- (vii) La citada ordenanza tiene por finalidad reducir el consumo, así como la exposición de manera continua y sustancial al humo del tabaco y mejorar las advertencias sobre el daño que causa.
- (viii) El uso del tabaco genera un riesgo no sólo para la salud de los consumidores, sino también para aquellos que se exponen al humo emitido por los fumadores.
- (ix) La emisión de la Ordenanza cuestionada se justifica en el cumplimiento de lo dispuesto por la Ley N° 28705 y en la política adoptada por el Estado respecto del uso del tabaco. Asimismo, la Ordenanza N° 342-MDB genera beneficios positivos para los ciudadanos, pues contribuye a la reducción del consumo del tabaco.
- (x) El Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho a la libertad de empresa traspasa sus límites cuando es ejercido en contra de la moral y las buenas costumbres o pone en riesgo la salud y la seguridad de las personas. Consecuentemente, el ejercicio del derecho a la libertad de empresa, para estar arreglado a derecho, debe hacerse con sujeción a la ley y por ello, dentro de las limitaciones básicas que derivan de la seguridad, la higiene, la salud, la moralidad o la preservación del medio ambiente⁷.

Para efectos de la mejor aplicación del Reglamento, se establecen los siguientes términos y sus definiciones:
1. Espacios públicos cerrados: Todo lugar de acceso público que se encuentre cubierto por un techo y que tenga más de una pared, independientemente del material utilizado, de su extensión o altura y de su carácter temporal o permanente.
(...)

⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 330-2014-PA.

II. ANÁLISIS:

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

8. De acuerdo con lo establecido en el artículo 26BIS⁸ del Decreto Ley N° 25868, la Comisión es competente para conocer 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 mercado⁸.
9. Asimismo, el artículo 17^o de la Ley N° 28976, 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 competencias⁹.
10. 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.¹⁰

⁸ **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. (...).

⁹ **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.

¹⁰ 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. Solo en el caso que la barrera cuestionada supere el análisis de legalidad la Comisión debe continuar con el análisis de racionalidad.

B. Cuestiones previas:

B.1. Sobre los argumentos presentados por la Municipalidad:

11. La Municipalidad en sus descargos señaló que la denuncia presentada no cumple con los requisitos establecidos en el Precedente de Observancia Obligatoria contenida en la Resolución N° 182-97-TDC, el cual señala que el denunciante debe aportar elementos de juicio razonables acerca de la posible existencia de una barrera burocrática irracional que podría impedir u obstaculizar el acceso o la permanencia de los agentes económicos en el mercado, ya sea porque establece tratamientos discriminatorios, porque carece de fundamentos (medidas arbitrarias) o porque resulta excesiva en relación a sus fines (medidas desproporcionales).
12. Asimismo, indica que que la denunciante no especificó expresamente que la Ordenanza N° 342-MDB, establezca un trato discriminatorio en su contra.
13. Del mismo modo, menciona que la admisión de la denuncia resulta atentatoria al derecho del debido proceso y legítima defensa, toda vez que la ausencia de los requisitos antes mencionados hace imposible rebatir supuestos elementos de juicios razonables acerca de la existencia de una barrera burocrática irracional.
14. Cabe indicar que de acuerdo a los requisitos establecidos en el Texto Único de Procedimientos Administrativos, (TUPA) del Indecopi, los elementos de juicio razonable no son requisitos de admisibilidad requeridos para admitir a trámite una denuncia, por lo que corresponde desvirtuar el argumento presentado por la Municipalidad en dicho extremo.
15. Independientemente de ello, los elementos de juicio razonable acerca de la posible existencia de una barrera burocrática carente de razonabilidad que podría impedir u obstaculizar el acceso o la permanencia de los agentes económicos en el mercado, serán estudiados cuando se efectúe el análisis de razonabilidad respectivo, en la parte pertinente de la presente resolución.

B.2. Precisión sobre la restricción horaria de funcionamiento:

16. De la revisión de la denuncia presentada, esta Comisión debe tener en consideración que la denunciante se encuentra cuestionando el hecho de que la

Municipalidad no le permite funcionar más allá de las 23:00 pm horas, toda vez que señala que la Municipalidad a través del personal de la Sub Gerencia de Fiscalización de la Municipalidad en forma permanente amenaza con sancionar su local comercial, si no cumple con el horario de cierre de funcionamiento, el cual de acuerdo al horario consignado en su licencia es de 6:00 pm hasta las 23:00 pm horas.

17. Además, resulta pertinente mencionar que el artículo tercero de la Ordenanza N° 271-MDB señala expresamente que los establecimientos no podrán funcionar después del horario establecido en el artículo segundo de dicha ordenanza.
18. En esta línea, debe entenderse que el cuestionamiento de la denunciante se encuentra dirigido a la restricción horaria de funcionamiento respecto del **horario máximo sobre el que puede operar su local** (cierre de establecimiento) y no sobre el horario de inicio de sus actividades (apertura de establecimiento), por lo que se precisa que el análisis realizado se circunscribe a la restricción horaria de cierre del establecimiento de la denunciante.

B.3. De los cuestionamientos constitucionales de la denunciante:

19. La denunciante señala que los artículos primero y segundo de la Ordenanza N° 271-MDB y el literal d) del artículo 3° de la Ordenanza N° 342-MDB, vulneran la Constitución Política del Perú, pues contravienen la libre iniciativa y las inversiones privadas, ya que no puede limitarse el acceso directo e indirecto de los inversionistas o empresas en que estos participen en función a la forma empresarial que adopten.
20. Con relación a ello debe mencionarse que de acuerdo a lo establecido en el artículo 26BIS° 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.
21. 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.

22. 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.
23. En consecuencia, corresponde desestimar los argumentos planteados por la denunciante en los extremos indicados. 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.

B.3. Presunta vulneración al Principio de Razonabilidad:

24. La denunciante ha manifestado que el Principio de Razonabilidad, es reconocido también en el numeral 1.4 del Artículo IVº del Título Preliminar de la Ley N° 27444, correspondiéndole a las autoridades a adaptarse dentro de los límites de sus facultades y manteniendo la debida proporción.
25. Al respecto, es preciso indicar que el cumplimiento del mencionado principio, respecto de la regulación cuestionada en el presente caso, será analizado en la etapa de “evaluación de razonabilidad”, conforme al Precedente de Observancia Obligatoria N° 182-97-TDC y a las competencias que posee esta Comisión para evaluar la razonabilidad de todo acto y/o disposición administrativa que genere barreras burocráticas. Esta etapa de evaluación corresponderá ser efectuada, una vez superada la “evaluación de legalidad” y, siempre que la denunciante presente los indicios de razonabilidad que correspondan.

C. Cuestión controvertida:

26. Determinar si constituyen barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad las siguientes restricciones:
 - (i) La restricción horaria de venta de bebidas alcohólicas materializada en el artículo primero de la Ordenanza N° 271-MDB, que prohíbe el consumo de licor en la vía pública y establecen horarios para el expendio y consumo de bebidas alcohólicas.

- (ii) La restricción horaria de funcionamiento materializada en el artículo segundo de la Ordenanza N° 271-MDB.
- (iii) La prohibición de fumar y mantener encendidos productos de tabaco en todos los centros públicos y privados de esparcimiento, materializada en el literal d) del artículo 3° de la Ordenanza N° 342-MDB, que aprueba el Régimen de prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco.

D. Evaluación de legalidad:

D.1. Competencia municipal para establecer horarios de funcionamiento de locales y para la venta de bebidas alcohólicas:

- 27. En diversos pronunciamientos¹¹ esta Comisión ha señalado que la competencia municipal para normar y regular el funcionamiento de establecimientos comerciales, industriales y actividades profesionales se encuentra establecida en la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades¹².
- 28. En virtud de ello, las municipalidades pueden dictar disposiciones que establezcan horarios de funcionamiento para los locales que operan en sus respectivas circunscripciones territoriales. Lo mencionado ha sido reconocido por

¹¹ Ver Resoluciones N° 0014-2011/CEB-INDECOPI, N° 0016-2011/CEB-INDECOPI, N° 0031-2011/CEB-INDECOPI, N° 0048-2011/CEB-INDECOPI, N° 0145-2011/CEB-INDECOPI, N° 0170-2011/CEB-INDECOPI, N° 0190-2011/CEB-INDECOPI y N° 0237-2011/CEB-INDECOPI.

¹² **Ley Orgánica de Municipalidades**

TÍTULO V

Las Competencias y Funciones Específicas de los Gobiernos Locales

CAPÍTULO II

Las Competencias y Funciones Específicas

Artículo 79°.- Organización del Espacio Físico y Uso del Suelo

Las municipalidades, en materia de organización del espacio físico y uso del suelo, ejercen las siguientes funciones:

(...)

3. Funciones específicas exclusivas de las municipalidades distritales:

(...)

3.6. Normar, regular y otorgar autorizaciones, derechos y licencias, y realizar la fiscalización de:

(...)

3.6.4. Apertura de establecimientos comerciales, industriales y de actividades profesionales de acuerdo con la zonificación.

Artículo 83.- Abastecimiento y Comercialización de Productos y Servicios

(...)

3. Funciones específicas exclusivas de las municipalidades distritales:

(...)

3.6. Otorgar licencias para la apertura de establecimientos comerciales, industriales y profesionales.

el Tribunal Constitucional al pronunciarse acerca de los cuestionamientos efectuados a las restricciones horarias establecidas por las municipalidades, señalando que dichas medidas se encuentran comprendidas dentro del ámbito de competencias de tales entidades¹³.

29. Adicionalmente de las disposiciones antes citadas, el numeral 7.1 del artículo 73º de la Ley Nº 27972¹⁴ 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 Nº 27972, el artículo 3º de la Ley Nº 28681, establece la posibilidad de que las municipalidades impongan restricciones al horario de funcionamiento de establecimientos que comercialicen bebidas alcohólicas¹⁵.
30. Considerando lo señalado, la Municipalidad es competente para:
- Normar los horarios de apertura y cierre de funcionamiento en los locales comerciales de su jurisdicción.
 - Normar el horario de inicio y término de venta de bebidas alcohólicas en los locales comerciales de su jurisdicción.

¹³ Ver Sentencia recaída en el Expediente Nº 00007-2006-AI, correspondiente a la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari, contra las Ordenanzas Nº 212-2005 y Nº 214-2005. Asimismo, ver Sentencia recaída en el Expediente Nº 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 Nº 055-MDCH.

¹⁴ **Ley Orgánica de Municipalidades**

TÍTULO V

Las Competencias y Funciones Específicas de los Gobiernos Locales

CAPÍTULO I

Las Competencias y Funciones Específicas Generales

Artículo 73º.- 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.

¹⁵ Ley Nº 28681, Ley que Regula la Comercialización, Consumo y Publicidad de Bebidas Alcohólicas.

Artículo 3º.- 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. (...)

D.2. Cumplimiento de los requisitos de forma y del procedimiento de revocación:

31. Habiendo evaluado las competencias de la Municipalidad para imponer las restricciones cuestionadas, corresponde verificar si es que se ha cumplido con las formalidades y procedimientos que exige el marco legal vigente en este tipo de disposiciones vinculadas, respectivamente, a la restricción horaria de cierre de funcionamiento y a la restricción horaria de término de venta de bebidas alcohólicas.
32. En el presente caso, la Municipalidad ha cumplido con aprobar las restricciones de horarios de funcionamiento y de venta de bebidas alcohólicas a través del instrumento legal idóneo (Ordenanza N° 271-MDB) que ha sido debidamente publicado en el Diario Oficial El Peruano¹⁶. Ello implica que la Municipalidad no sólo cuenta con las facultades suficientes para imponer las restricciones cuestionadas, sino que la disposición que las establece ha cumplido con las formalidades correspondientes.
33. Sin embargo, corresponde evaluar si es que la Municipalidad, al aplicar las mencionadas restricciones al caso de la denunciante, ha cumplido con las formalidades y procedimientos que exige nuestra legislación en aquellos casos en los que se afecten derechos previamente reconocidos por algún tipo de acto administrativo.
34. Adicionalmente, se debe analizar si la Ordenanza N° 271-MDB, constituye un supuesto de revocación de la licencia de funcionamiento otorgada a la denunciante (Certificado N° 189-14 - Licencia de Apertura y Funcionamiento N° 001079), establecida en los artículos 203¹⁷ y 205¹⁸ de la Ley N° 27444.

¹⁶ La Ordenanza N° 271, que prohíbe el consumo de licor en la vía pública y establecen horarios para el expendio y consumo de bebidas alcohólicas, fue publicada en el Diario Oficial El Peruano el 25 de enero de 2007. Dicha norma entró en vigencia al día siguiente de su publicación.

¹⁷ **Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General**
Artículo 203º.- Revocación.-

203.1. Los actos administrativos declarativos o constitutivos de derechos o intereses 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.

35. Teniendo en cuenta que la licencia de funcionamiento fue otorgada por la Municipalidad con posterioridad a la emisión de la Ordenanza N° 271-MDB, se evidencia que no existe un supuesto de revocación establecido en los artículos 203° y 205° de la Ley N° 27444, toda vez que no constituye una nueva condición para el funcionamiento del local comercial de la denunciante; debido a que la medida cuestionada fue publicada en el Diario Oficial El Peruano el 25 de enero de 2007 y entró en vigencia al día siguiente de su publicación, mientras que la licencia de funcionamiento de la denunciante fue emitida el 27 de octubre de 2014.
36. Es preciso indicar que el horario de funcionamiento establecido en el artículo segundo de la Ordenanza N° 271-MDB, amplía el horario de cierre de los locales comerciales del distrito de Barranco, hasta las 03:00 am horas del día siguiente¹⁹.
37. Por todo lo expuesto, corresponde declarar que la restricción horaria para la venta de bebidas alcohólicas materializada en el artículo primero de la Ordenanza N° 271-MDB y la restricción horaria de funcionamiento (vinculada al cierre) materializada en el artículo segundo de la citada ordenanza del local de la denunciante, no constituyen barreras burocráticas ilegales, en tanto las mismas han sido emitidas por la Municipalidad (i) dentro del marco de sus competencias, (ii) mediante instrumento legal idóneo y (iii) sin vulnerar el marco legal vigente.
38. Asimismo, dichas restricciones no vulneran lo establecido en los artículos 203° y 205° de la Ley N° 27444.

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. (El resaltado es nuestro)

¹⁸ **Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General**

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 incurso 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.

¹⁹ **Ordenanza N° 271-MDB**

Artículo Segundo.- Establecer como horario de funcionamiento de 08:00 am a 03:00 am del día siguiente, para los locales comerciales, tales como peñas, restaurantes turísticos, cabret, boites, discotecas, salones de baile, videos pub, karaoke, bares, nigh clubs, café, teatro, piano bar, snack bar, cafés y cualquier otro local similar, que expendan bebidas alcohólicas para su consumo.

D.3. Respecto de la vulneración del derecho a la Libre Iniciativa Privada:

39. Por otro lado, la denunciante ha señalado que las restricciones cuestionadas vulneran su derecho a la libre iniciativa privada.
40. Debe mencionarse que el artículo 2º del Decreto Legislativo N° 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, reconoce el derecho de libre iniciativa privada. Por su parte, el artículo 3º del mismo cuerpo normativo establece que su ejercicio no es irrestricto, toda vez que debe sujetarse a lo dispuesto por la Constitución Política del Perú, los tratados internacionales suscritos por el Perú y las leyes.
41. En atención a ello, esta Comisión no advierte una afectación ilegal a la libre iniciativa privada, en la medida que la actividad económica del denunciante ha sido restringida a través de disposiciones normativas, emitidas por la Municipalidad en el ejercicio de sus competencias legales

D.4. Sobre la prohibición de fumar y de mantener encendidos productos de tabaco en todos los centros públicos y privados de esparcimiento (Ordenanza N° 342-MDB):

42. El Principio de Legalidad establece que las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le hayan sido legalmente atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas²⁰. En ese sentido, toda actuación de una entidad de la administración pública debe estar sustentada en facultades expresamente establecidas en la ley y enmarcadas dentro de los parámetros establecidos en el ordenamiento jurídico.
43. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 38º de la Ley N° 27972, la potestad reglamentaria de las municipalidades debe ser ejercida de acuerdo con

²⁰ **Ley N° 27444**

Artículo IVº.- (...)

1.1 Principio de legalidad: Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le están atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

Artículo 61º.- Fuente de competencia administrativa

61.1. La competencia de las entidades tiene su fuente en la Constitución y en la ley, y es reglamentada por las normas administrativas que de aquellas se derivan.

el Principio de Legalidad, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del derecho administrativo²¹.

44. En concordancia, el artículo VIIIº del Título Preliminar de la Ley N° 27972 establece que las competencias que poseen las municipalidades se encuentran sujetas a los límites que establecen las leyes nacionales²². De ese modo, las municipalidades pueden regular sobre los asuntos de su competencia siempre que se cumpla con los alcances permitidos por ley.
45. El artículo 3º de la Ley N° 28705²³, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco, establece la prohibición de fumar en los establecimientos dedicados a la salud o a la educación, en las dependencias públicas, en los interiores de los lugares de trabajo, en los espacios públicos cerrados, entre otros lugares.

²¹ **Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades**

Artículo 38º.- Ordenamiento Jurídico Municipal

El ordenamiento jurídico de las municipalidades está constituido por las normas emitidas por los órganos de gobierno y administración municipal, de acuerdo al ordenamiento jurídico nacional.

Las normas y disposiciones municipales se rigen por los principios de exclusividad, territorialidad, legalidad y simplificación administrativa, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del derecho administrativo.

Ninguna autoridad puede avocarse a conocer o normar las materias que la presente ley orgánica establece como competencia exclusiva de las municipalidades.

Las autoridades políticas, administrativas y policiales, ajenas al gobierno local, tienen la obligación de reconocer y respetar la preeminencia de la autoridad municipal en los asuntos de su competencia y en todo acto o ceremonia oficial realizada dentro de su circunscripción. Dichas autoridades no pueden interferir en el cumplimiento de las normas y disposiciones municipales que se expidan con arreglo al presente subcapítulo, bajo responsabilidad.

(Énfasis añadido)

²² **Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades**

Artículo VIIIº.- Aplicación de leyes generales y políticas y planes nacionales

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.

²³ **Ley N° 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco**

Artículo 3º.- De la protección contra la exposición al humo de tabaco

3.1 Prohibase fumar en los establecimientos dedicados a la salud o a la educación, en las dependencias públicas, en los interiores de los lugares de trabajo, en los espacios públicos cerrados y en cualquier medio de transporte público, los que son ambientes ciento por ciento libres de humo de tabaco.

3.2 Se entiende por interiores o espacios públicos cerrados todo lugar de trabajo o de acceso al público que se encuentre cubierto por un techo y cerrado entre paredes, independientemente del material utilizado para el techo y de que la estructura sea permanente o temporal.

3.3 El reglamento de la Ley establece las demás especificaciones de los interiores o espacios públicos cerrados.

46. Por su parte, la Ley N° 27972, establece como función exclusiva de las municipalidades provinciales (no así de las distritales), regular y controlar la emisión de humos, gases, ruidos y demás elementos contaminantes de la atmósfera y el ambiente:

ARTÍCULO 80°.- SANEAMIENTO, SALUBRIDAD Y SALUD

Las municipalidades, en materia de saneamiento, salubridad y salud, ejercen las siguientes funciones:

1. Funciones específicas exclusivas de las municipalidades provinciales:

1.1. Regular y controlar el proceso de disposición final de desechos sólidos, líquidos y vertimientos industriales en el ámbito provincial.

1.2. Regular y controlar la emisión de humos, gases, ruidos y demás elementos contaminantes de la atmósfera y el ambiente.

(Énfasis añadido)

47. En el caso de las municipalidades distritales, como es el caso de la Municipalidad, la Ley N° 27972 señala expresamente que su competencia alcanza únicamente la posibilidad de fiscalizar el cumplimiento de la regulación (emitida por la municipalidad provincial o la autoridad sectorial correspondiente) sobre la emisión de humos, gases, ruidos y demás elementos contaminantes de la atmósfera y el ambiente, mas no para regular dichos aspectos.

ARTÍCULO 80°.- SANEAMIENTO, SALUBRIDAD Y SALUD

Las municipalidades, en materia de saneamiento, salubridad y salud, ejercen las siguientes funciones:

(...)

3. Funciones específicas exclusivas de las municipalidades distritales:

(...)

3.4. Fiscalizar y realizar labores de control respecto de la emisión de humos, gases, ruidos y demás elementos contaminantes de la atmósfera y el ambiente.

(...)

(Énfasis añadido)

48. Cabe indicar que el artículo 18° de la Ley N° 28705 no faculta a las municipalidades a establecer restricciones o prohibiciones mayores a las ya establecidas en su artículo 3°, sino únicamente a ejercer su función fiscalizadora respecto al consumo de productos derivados del tabaco, en cumplimiento de lo establecido en dicha ley:

Artículo 18°.- De la vigilancia y cumplimiento de la Ley

Las municipalidades, el Ministerio de Salud, el INDECOPI y la Comisión Nacional Permanente de Lucha Antitabaquica, en el ámbito de sus competencias realizarán las inspecciones necesarias que aseguren el cumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley.

49. Asimismo, el artículo 48º del Reglamento de la Ley N° 28705 señala lo siguiente:

“Artículo 48º.- Potestad sancionadora de las Municipalidades, de las Direcciones Regionales de Salud o quienes hagan sus veces en los Gobiernos Regionales y del Ministerio de Salud:

48.1 Corresponde a las Municipalidades Provinciales y Distritales, a través de sus áreas de fiscalización, imponer las sanciones derivadas del incumplimiento de la señalización en los lugares referidos en los artículos 5, 8 y 10 del Reglamento, para cual emitirán las Ordenanzas Municipales correspondientes.

48.2 Corresponde al Ministerio de Salud, a través de la Dirección General de Salud Ambiental - DIGESA, a las Direcciones Regionales de Salud de los Gobiernos Regionales o las que hagan sus veces, así como a las Municipalidades Provinciales y Distritales a través de sus áreas de fiscalización, en el ámbito de sus competencias, imponer las sanciones derivadas de las actividades señaladas en los literales b), c) y d) del numeral 12.1 del Reglamento. El Ministerio de Salud aprobará mediante Resolución Ministerial los Lineamientos para la aplicación de sanciones conforme a la Ley y el Reglamento. En el caso de los Gobiernos Regionales y Municipalidades, deberán emitir las Ordenanzas Regionales o Municipales respectivas.”

(Énfasis añadido)

50. Si bien la Municipalidad ha señalado que se encuentra facultada para emitir ordenanzas que regulan la prevención y el consumo del tabaco, puede apreciarse que dichas disposiciones no facultan a las municipalidades distritales a establecer restricciones o prohibiciones adicionales a las contenidas en la Ley N° 28705 respecto al consumo de productos derivados del tabaco.
51. En tal sentido, únicamente se reafirma que la competencia de las municipalidades (como la Municipalidad) se circunscribe a sancionar el incumplimiento de lo dispuesto en los literales a), b) y c) del numeral 12.1) del Reglamento de la Ley N° 28705; y, en todo caso, para regular mediante ordenanza dicha facultad sancionadora.
52. Asimismo, la propia Ley N° 27972 es consistente con las demás normas precedentemente señaladas por cuanto no otorga facultades regulatorias a las municipalidades distritales para imponer prohibiciones relacionadas con el consumo de productos derivados del tabaco, sino únicamente facultades fiscalizadoras, en cumplimiento de la regulación nacional y provincial correspondiente.
53. Pese a que la Municipalidad no posee competencias para establecer regulaciones en el consumo y expendio de productos derivados del tabaco, sino

únicamente para ejercer la fiscalización y supervisión del marco legal sobre la materia en los locales de su jurisdicción, de la revisión de la parte considerativa de la Ordenanza N° 342-MDB, se desprende que dicha entidad consideraría lo contrario:

“CONSIDERANDO:

(...)

Que, el Artículo 48 numeral 48.1 del D.S. N° 001-2011-SA establece que corresponde a los Gobiernos Municipales Provinciales y Distritales, imponer las sanciones derivadas del incumplimiento de la señalización en los lugares referidos en los artículos 5, 8 y 10 del Reglamento de la Ley N° 28705, para lo cual emitirán las Ordenanzas Municipales correspondientes.

*Que, las Municipalidades en materia de saneamiento, salubridad y salud, tienen como función específica, **la de regular** y controlar la emisión de humos y demás elementos contaminantes de la atmósfera y el ambiente.*

Estando a lo expuesto, y de conformidad a lo establecido en el artículo 40 de la Ley Orgánica de Municipalidades N° 27972, por UNANIMIDAD, aprobó la siguiente: (...)

(Énfasis añadido)

54. En ese sentido, la prohibición de fumar en lugares públicos de esparcimiento, establecida en literal d) del artículo 3° de la Ordenanza N° 342-MDB resulta ilegal, por contravenir el artículo VIII° del Título Preliminar y el Principio de Legalidad establecido en el artículo 38° de la Ley N° 27972, en concordancia con el numeral 1.1) del artículo IV° de la Ley N° 27444.
55. Sin perjuicio de la ilegalidad detectada, cabe analizar si se ha vulnerado alguna otra disposición vigente del ordenamiento jurídico. De esta manera, el Tribunal Constitucional ha señalado que toda disposición que imponga obligaciones o restrinja libertades y derechos de las personas debe ser establecida, de manera expresa, a través de una norma con rango ley y su interpretación debe ser restrictiva²⁴.
56. Por consiguiente, una ordenanza, no podría imponer obligaciones o restringir más libertades y derechos que las afectadas por la ley, caso contrario estaría desnaturalizando dicha disposición y, por lo tanto, contraviniéndola.
57. Al respecto, el literal d) del artículo 3° de la Ordenanza N° 342-MDB ha establecido una prohibición más restrictiva que las indicadas en el artículo 3° de la Ley N° 28705, toda vez que en esta ley no se hace alusión a lugares públicos

²⁴ Sentencia recaída en el Expediente N° 0017-2006-PI/TC.

de esparcimiento²⁵. La prohibición establecida en la citada ley únicamente alcanza determinados lugares²⁶ que no tienen como característica ser lugares amplios de recreación.

58. De ese modo, se verifica que el literal d) del artículo 3° Ordenanza N° 342-MDB crea un supuesto de prohibición no contemplado en la Ley N° 28705, por lo que también en este caso dicha disposición contraviene el Principio de Legalidad, en tanto excede lo establecido en el marco legal vigente.
59. Por todo lo expuesto, corresponde declarar que la prohibición de fumar y de mantener encendidos productos de tabaco en todos los centros públicos y privados de esparcimiento, materializada en el inciso d) del artículo 3° de la Ordenanza N° 342-MDB, constituye una barrera burocrática ilegal, por contravenir la Ley N° 28705; además de vulnerar el Principio de Legalidad reconocido en el artículo VIII° del Título Preliminar de la Ley N° 27972 y en el artículo 38° de la referida ley, en concordancia con el numeral 1.1) del Artículo IV° de la Ley N° 27444.

E. Evaluación de razonabilidad:

E.1 Sobre la prohibición de fumar y de mantener encendidos productos de tabaco en todos los centros públicos y privados de esparcimiento:

60. Habiéndose identificado que la prohibición de fumar y mantener encendidos productos de tabaco en los centros públicos y privados de esparcimiento, establecida en literal d) del artículo 3° de la Ordenanza N° 342-MDB constituye la imposición de una barrera burocrática ilegal, no corresponde efectuar el análisis de razonabilidad respecto de dicha medida, conforme a lo dispuesto con

²⁵ **ESPARCIR.** (Del lat. *spargere*). 1. tr. Extender lo que está junto o amontonado. U. t. c. prnl. 2. tr. Divulgar, publicar, extender una noticia. U. t. c. prnl. 3. tr. Divertir, desahogar, recrear. U. t. c. prnl. Ver acepciones de la voz **ESPARCIR** en la vigésima segunda edición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, cuya versión electrónica puede consultarse en <http://lema.rae.es/drae/?val=esparcir> (Consultado el 3 de marzo de 2015).

²⁶ **Ley N° 28705, Ley general para la prevención y control de los riesgos del consumo del tabaco**
Artículo 3.- De la protección contra la exposición al humo de tabaco:
3.1 Prohíbese fumar en los establecimientos dedicados a la salud o a la educación, en las dependencias públicas, en los interiores de los lugares de trabajo, en los espacios públicos cerrados y en cualquier medio de transporte público, los que son ambientes ciento por ciento libres de humo de tabaco.
3.2 Se entiende por interiores o espacios públicos cerrados todo lugar de trabajo o de acceso al público que se encuentre cubierto por un techo y cerrado entre paredes, independientemente del material utilizado para el techo y de que la estructura sea permanente o temporal.
3.3 El reglamento de la Ley establece las demás especificaciones de los interiores o espacios públicos cerrados."

la metodología aplicada y con el precedente de observancia obligatoria sancionado en la Resolución N° 182-97-TDC.

E.2 Sobre las restricciones horarias denunciadas:

61. 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 horarias²⁷
62. 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 mundo²⁸ y administraciones públicas²⁹ 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 la 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.

²⁷ 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*”.

²⁸ 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.

²⁹ 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).

63. En el Perú, conforme al artículo 26BIS° del Decreto Ley N° 25868 y el artículo 23° del Decreto Legislativo N° 1033³⁰, se ha asignado a la 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 del derecho a la libre iniciativa privada.
64. 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 para la venta de bebidas alcohólicas materializada en el artículo primero de la Ordenanza N° 271-MDB y la restricción horaria de funcionamiento materializada en el artículo segundo de la citada ordenanza, no constituyen la imposición de barreras burocráticas ilegales, **corresponde efectuar el análisis de razonabilidad de dichas medidas**. Sin embargo, 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 las medidas: (i) establecen tratamientos discriminatorios; (ii) carecen de fundamentos (medidas arbitrarias); o, (iii) resultan excesivas en relación a sus fines (medidas desproporcionadas).
65. Sobre el particular, la denunciante ha señalado lo siguiente:
- (i) Las restricciones horarias realizadas por la Municipalidad no constituyen un estímulo a la creación de riqueza y no garantizan una irrestricta libertad de acceso al mercado e iniciativa privada y lo que es peor dichas restricciones carecen de fundamentos de orden público, que justifiquen objetiva y razonablemente la expedición de los actos administrativos cuestionados.

³⁰ 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.

(ii) Es razonable toda intervención municipal en la medida que es consecuencia de un fundamento legal y fácticamente admisible, sin embargo, es arbitrario donde este se encuentre ausente. En el presente caso, se trata de medidas arbitrarias, toda vez que existen elementos de juicio razonables acerca de la existencia de las barreras burocráticas irracionales que impiden y obstaculizan el acceso o la permanencia de nuestra actividad económica en el mercado.

66. Sobre el argumento (i) esta Comisión considera que el indicio presentado por la denunciante resulta suficiente para realizar el análisis de razonabilidad de las restricciones horarias vinculadas al funcionamiento del local comercial y al horario de venta de bebidas alcohólicas, dado que la denunciante ha señalado que “las restricciones *carecen de fundamentos de orden público, que justifiquen objetiva y razonablemente la expedición de los actos administrativos cuestionados*”. Este cuestionamiento puede considerarse como un argumento vinculado a la presunta existencia de “falta de interés público”, conforme al precedente de observancia obligatoria antes mencionado.
67. Respecto al argumento (ii) la denunciante menciona que la medida cuestionada es arbitraria. La arbitrariedad³¹ 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.
68. En el presente caso lo indicado por la denunciante se ha limitado a realizar un desarrollo del concepto de arbitrariedad, sin señalar en qué consistiría el supuesto trato arbitrario por parte de la Municipalidad. En consecuencia, no es un argumento que guarda relación con un trato arbitrario, por lo tanto no constituye un indicio³² suficiente para que la Comisión pueda realizar su análisis.
69. Asimismo, cabe indicar que la denunciante hace suyo los argumentos sobre los indicios de carencia de razonabilidad de la norma cuestionada, toda vez que adjuntó como medio probatorio la Resolución N° 0059-2014/CEB-INDECOPI del 14 de febrero de 2014 mediante la cual la Comisión declaró como barreras

³¹ 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.

³² Según el diccionario de la Real Academia Española:
Indicio: (Del lat. *indiciūm*). 1. m. Fenómeno que permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido. La fuga del sospechoso fue un indicio de su culpa.

burocráticas carentes de razonabilidad la restricción horaria para el expendio de bebidas alcohólicas establecida en el artículo 1º de la Ordenanza N° 271-MDB y la restricción horaria de funcionamiento de establecimientos contenida en el artículo 2º de la citada ordenanza.

70. 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 aspectos³³:
- 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.2.1. Interés Público:

71. La Municipalidad sostuvo que tanto la restricción horaria de funcionamiento como la vinculada con la venta de bebidas alcohólicas han sido adoptadas por las siguientes razones: (i) seguridad ciudadana; (ii) tranquilidad vecinal y (iii) salud pública. En esta línea, la Municipalidad menciona que busca evitar eventos delictivos que estarían relacionados con el mayor consumo de bebidas alcohólicas en altas horas de la noche, lo que genera violencia y peligro para los vecinos del distrito.

³³ 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."

72. En ese sentido, esta etapa del análisis de razonabilidad supone que la Municipalidad sustente³⁴: (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.
73. La Municipalidad ha señalado que la restricción horaria tiene como finalidad evitar la perturbación de la tranquilidad y del orden público provocados por la prostitución clandestina, el consumo de drogas originados por su comercialización, así como los escándalos generados por los concurrentes a los establecimientos que expenden licor y funcionan hasta altas horas de la noche³⁵.
74. Del mismo modo, la Municipalidad menciona que existe una asociación entre el licor y los actos delictivos, por lo que la restricción horaria establecida tiene por finalidad reducir el índice delincencial existente en el distrito de Barranco³⁶.
75. Sin embargo, la Municipalidad no ha señalado cómo a consecuencia de la imposición de la restricción horaria para el funcionamiento del establecimiento comercial y el expendio de bebidas alcohólicas, se ha disminuido el consumo de bebidas alcohólicas y se ha reducido los actos delictivos ocurridos en el distrito de Barranco.
76. Asimismo, de la revisión de la información presentada por la Municipalidad, no se ha evidenciado que la tranquilidad vecinal de su distrito o el índice delincencial y la falta de seguridad, sean una *consecuencia directa* de las *actividades comerciales* desarrolladas en el local de la denunciante *fuera del horario* de funcionamiento y *fuera del horario de venta de bebidas alcohólicas*, establecidos en la ordenanza cuestionada, respectivamente. Tampoco ha mencionado de qué manera el consumo de bebidas alcohólicas en su distrito sea

³⁴ 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.

³⁵ Argumentos señalados en los descargos presentados por la Municipalidad, que se encuentran en el folio 56 del expediente.

³⁶ Ibidem.

lo que genera un incremento en los índices de criminalidad o de otros problemas que atentan contra la seguridad ciudadana (aumento de accidentes, problemas de pandillaje, robos, etc.).

77. Pese a lo señalado, en materia de restricciones horarias, es necesario tener en cuenta los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional, que se detallan a continuación:

- (i) 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 jurisdicciones³⁷.
- (ii) Respecto de la fijación de una **restricción horaria para la venta y/o comercialización de bebidas alcohólicas**, medida resulta idónea para justificar la protección de la seguridad ciudadana, en tanto existiría un nexo causal entre dicho interés público y el consumo excesivo de bebidas alcohólicas, toda vez que la seguridad de las personas se ve perturbada por actos de violencia, accidentes de tránsito, ebriedad pública, entre otras consecuencias por el consumo desmedido de alcohol. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha manifestado que el consumo excesivo de bebidas alcohólicas produce daños a la salud integral del ser humano, por lo que debe buscarse equilibrar su consumo frente al bienestar general³⁸.

³⁷ 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.

³⁸ En la Sentencia emitida en el Expediente N° 00850-2008-PI/TC, el Tribunal Constitucional señaló textualmente lo siguiente:

78. Siguiendo la misma línea del Tribunal Constitucional, en diversos pronunciamientos³⁹ la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en adelante, la Sala) ha manifestado que la seguridad ciudadana constituye una reconocida motivación de interés público para la aplicación de una **restricción horaria de venta de bebidas alcohólicas**, por lo que dicha restricción sí califica como una medida que se justifica en dicho interés público, el cual válidamente se busca proteger.
79. En consecuencia, las restricciones horarias vinculadas a la venta de bebidas alcohólicas y al horario de funcionamiento del local comercial de la denunciante, establecidas en los artículos primero y segundo de la Ordenanza N° 271-MDB, superan el primer análisis de razonabilidad.

8. (...) la Secretaría de la Organización Mundial de la Salud (OMS) ha determinado que el uso nocivo del alcohol está asociado a fenómenos como **la violencia (familiar, conyugal, maltrato de menores), accidentes de tránsito, ebriedad pública, desempleo o absentismo laboral, y acarrea altos costos sanitarios para la sociedad, siendo afectados con mayor dureza los grupos sociales menos favorecidos.** (...)

10. En el fundamento 32 de la STC 007-2006-PI/TC se precisó que no puede partirse de la premisa de que todas las personas que ingieren bebidas alcohólicas lo hacen hasta llegar a un nivel de embriaguez. En efecto, no todo consumo de bebidas alcohólicas es motivo de preocupación estatal, sino tan solo aquél que deviene en excesivo. **Sin embargo, (...) es evidente que no puede dejarse de lado los serios fenómenos sociales que se generan, o se profundizan, o se agravan por el consumo excesivo de bebidas alcohólicas por parte de aquellas personas que no asumen con responsabilidad la ingesta de estas o que padecen de dolencias psíquicas que les impide tener un control adecuado de su consumo.** (Énfasis añadido)

(...)

17. En suma, el consumo irresponsable de bebidas alcohólicas genera problemas de relevancia social que en su conjunto se pretende evitar. Desde luego, plantear premisas como las de prohibir absolutamente su comercialización restringiría en demasía la libertad de los ciudadanos o ciudadanas que desean consumir bebidas alcohólicas responsablemente, pero dejar desregulada su comercialización es un extremo que la sociedad ha decidido no aceptar, encontrándose legitimada para regular especial y razonablemente la comercialización de las bebidas alcohólicas (artículo 8 de la Constitución).

23. Para satisfacer el subcriterio de idoneidad planteado debe apreciarse claramente la relación entre los efectos fácticos logrados con dicha medida y si estos conducen efectivamente hacia la optimización de los bienes constitucionales supuestamente tutelados. Solo así se podrá determinar la relación de causalidad entre la medida de intervención y los bienes constitucionales que se pretende proteger. El artículo 13 de la ordenanza permite que se plasme la siguiente situación fáctica: prohibición de venta de bebidas alcohólicas luego de determinada hora, lo que genera la desincentivación del consumo de bebidas alcohólicas(...)

24. Cabe determinar ahora si existe una relación de causalidad entre tales aspectos. Este Tribunal estima que la respuesta es afirmativa.

(...)

³⁹ Resoluciones N° 692-2011/SC1-INDECOPI, 1555-2001/SC1-INDECOPI, 502-2010/SC1-INDECOPI, 1533-2010/SC1-INDECOPI, 3282-2010/SC1-INDECOPI, 0281-2011/SC1-INDECOPI, 1077-2011/SC1-INDECOPI y 144-2012/SC1-INDECOPI y N° 1614-2012/SC1-INDECOPI.

E.2.2. Proporcionalidad:

80. 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 restricción⁴⁰ en comparación con los beneficios que dicha restricción genera para la sociedad.
81. 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 medida⁴¹.
82. El Tribunal Constitucional, mediante Sentencia emitida el 18 de marzo de 2009 en el Expediente N° 04466-2007-PA/TC⁴², 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”.*
83. Teniendo en cuenta lo señalado, la Municipalidad tiene la carga de acreditar que los beneficios para la seguridad ciudadana, a través de la regulación de una restricción horaria para el expendio de bebidas alcohólicas, son mayores que los costos de dicha medida. Asimismo, la referida entidad deberá demostrar cómo son mayores los beneficios de una restricción horaria de funcionamiento para la tranquilidad vecinal que los costos derivados de la mencionada restricción. 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.
84. Debe tenerse presente que la obligación que exige el precedente de observancia obligatoria aprobado por la Resolución N° 182-97-TDC, para que las entidades

⁴⁰ 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. (...).”

⁴¹ Ver Resoluciones N° 0922-2009/SC1-INDECOPI y N° 1511-2009/SC1-INDECOPI.

⁴² Posterior a la Sentencia N° 00850-2008-PA/TC.

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.

85. 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 (restricción horaria para el expendio de bebidas alcohólicas y de funcionamiento de local, vinculado este último al cierre del mismo), 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 producirían para la reducción del índice delincencial y el incremento de la seguridad y salud en el distrito.
86. Cabe indicar que tales beneficios tampoco han sido precisados por la Municipalidad, a efectos de que se pueda balancear en líneas generales los efectos netos de la intervención.
87. No obstante que la Municipalidad tenía la carga de probar dicha justificación, conforme se le hizo notar al momento de admitirse a trámite la denuncia⁴³ y de acuerdo a lo dispuesto en el precedente de observancia obligatoria⁴⁴ aplicable a los casos de barreras burocráticas, no ha presentado información o documentación que demuestre haber evaluado los aspectos antes mencionados.

⁴³ La Resolución N° 0017-2015/STCEB-INDECOPI del 5 de enero de 2014, dispuso en su Resuelve Tercero lo siguiente:

Tercero: *al formular sus descargos, la Municipalidad Distrital de Barranco 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.*

⁴⁴ Resolución N° 182-97-TDC del 20 de agosto de 1997.

88. Lo indicado hace suponer que la Municipalidad habría establecido las restricciones cuestionadas sin tener en cuenta los perjuicios que estas podrían generar, aspecto que resulta necesario para determinar la proporcionalidad de una medida.
89. Asimismo, se aprecia que la Municipalidad presume que el funcionamiento de todos los establecimientos que desarrollan determinados giros, independientemente a su ubicación, impactan negativamente en la tranquilidad pública. Por otra parte, se advierte que dicha entidad presume que la venta de bebidas alcohólicas en todos los locales del distrito (sin tomar en cuenta su ubicación), impacta negativamente en la seguridad ciudadana y la salud pública del distrito de Barranco. Sin embargo, dichos criterios no se condicen con el criterio empleado por el Tribunal Constitucional⁴⁵ para validar las restricciones horarias.
90. En consecuencia, toda vez que no se ha acreditado que la restricciones horarias vinculadas a la venta de bebidas alcohólicas y al horario de funcionamiento del local comercial de la denunciante, establecidas en los artículos primero y segundo de la Ordenanza N° 271-MDB, son medidas proporcionales, se determina que dichas restricciones no superan el segundo análisis de razonabilidad.

E.2.3. Opción menos gravosa:

91. 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 propuesta⁴⁶. 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

⁴⁵ Ver Sentencia emitida en el Expediente N° 007-2006-PI/TC.

⁴⁶ 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.

92. 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.
93. En el presente caso, la Municipalidad ha señalado que adoptó dicha restricción horaria para preservar el derecho a la salud, la tranquilidad y a la seguridad pública.
94. Sin embargo, dicha corporación edil no ha tenido en cuenta que este tipo de análisis debe ser realizado respecto de los costos que soportarán los agentes económicos afectados y no sobre los que resulten más beneficiosos para la entidad que emite la medida.
95. Si bien una limitación de horario de funcionamiento y de venta de bebidas alcohólicas 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.
96. 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.
97. Al respecto, la Sala -conforme ha sido indicado previamente- al interpretar 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 pública⁴⁷.

98. Otra alternativa para salvaguardar el interés público alegado, según indica la Sala, sería el incremento de actividades de fiscalización y sanción por parte de las autoridades municipales respecto de este tipo de locales que expendan bebidas alcohólicas, en los cuales se detecte que generen problemas de seguridad, salud y tranquilidad. Esto conforme a las facultades previstas en los artículos 46° y 78° de la Ley N° 27972⁴⁸, según los cuales las municipalidades pueden disponer hasta el cierre de locales.
99. En consecuencia, toda vez que no se ha acreditado que la restricción horaria de funcionamiento y la restricción horaria de expendio de bebidas alcohólicas 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 estas no superan el tercer análisis de razonabilidad.
100. Por lo tanto, corresponde declarar barrera burocrática carente de razonabilidad las siguientes medidas impuestas por la Municipalidad:

⁴⁷ Ver considerandos N° 82 al 90 de la Resolución N° 0692-2011/SC1-INDECOPI.

⁴⁸ **Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades**

Artículo 46°.- Sanciones

Las normas municipales son de carácter obligatorio y su incumplimiento acarrea las sanciones correspondientes, sin perjuicio de promover las acciones judiciales sobre las responsabilidades civiles y penales a que hubiere lugar.

Las ordenanzas determinan el régimen de sanciones administrativas por la infracción de sus disposiciones, estableciendo las escalas de multas en función de la gravedad de la falta, así como la imposición de sanciones no pecuniarias.

Las sanciones que aplique la autoridad municipal podrán ser las de multa, suspensión de autorizaciones o licencias, clausura, decomiso, retención de productos y mobiliario, retiro de elementos antirreglamentarios, paralización de obras, demolición, internamiento de vehículos, inmovilización de productos y otras.

A solicitud de la municipalidad respectiva o del ejecutor coactivo correspondiente, la Policía Nacional prestará su apoyo en el cumplimiento de las sanciones que se impongan, bajo responsabilidad.

Artículo 78°.- Sujeción a las Normas Técnicas y Clausura

El ejercicio de las competencias y funciones específicas de las municipalidades se realiza de conformidad y con sujeción a las normas técnicas sobre la materia.

Las autoridades municipales otorgarán las licencias de construcción, bajo responsabilidad, ajustándose estrictamente a las normas sobre barreras arquitectónicas y de accesibilidad. Asimismo, pueden ordenar la clausura transitoria o definitiva de edificios, establecimientos o servicios cuando su funcionamiento esté prohibido legalmente y constituya peligro, o cuando estén en contra de las normas reglamentarias o de seguridad de defensa civil, o produzcan olores, humos, ruidos u otros efectos perjudiciales para la salud o tranquilidad del vecindario.

- (i) La restricción horaria para el expendio de bebidas alcohólicas, materializada en el artículo primero de la Ordenanza N° 271-MDB.
- (ii) La restricción horaria de funcionamiento (respecto al cierre del establecimiento), materializada en el artículo segundo de la Ordenanza N° 271-MDB.

101. Cabe señalar que lo resuelto no impide a la Municipalidad supervisar y fiscalizar que los administrados cumplan con las condiciones necesarias para no afectar la seguridad ciudadana, salud pública y tranquilidad del vecindario y que estos desarrollen sus actividades económicas de acuerdo al ordenamiento jurídico vigente.

POR LO EXPUESTO:

En uso de sus atribuciones y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26BIS° del Decreto Ley N° 25868 y el artículo 48° 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: desestimar los argumentos presentados por la Municipalidad Distrital de Barranco, los cuestionamientos constitucionales y de la vulneración al Principio de Razonabilidad efectuados por Mulin S.A. señalados en las Cuestiones Previas de la presente resolución.

Segundo: declarar barrera burocrática ilegal la prohibición de fumar y de mantener encendidos productos de tabaco en todos los centros públicos y privados de esparcimiento, materializada en el inciso d) del artículo 3° de la Ordenanza N° 342-MDB; y, en consecuencia, fundada la denuncia presentada por Mulin S.A contra la Municipalidad Distrital de Barranco en dicho extremo.

Tercero: declarar barreras burocráticas carentes de razonabilidad las siguientes medidas impuestas por la Municipalidad Distrital de Barranco; y, en consecuencia, fundada la denuncia interpuesta por Mulin S.A. en los siguientes extremos:

- (iii) La restricción horaria para el expendio de bebidas alcohólicas, materializada en el artículo primero de la Ordenanza N° 271-MDB.
- (iv) La restricción horaria de funcionamiento (respecto al cierre del establecimiento), materializada en el artículo segundo de la Ordenanza N° 271-MDB.

Cuarto: disponer que se inaplique a Mulin S.A. la barrera burocrática declarada ilegal y las barreras burocráticas declaradas carentes de razonabilidad en el presente procedimiento y los actos que las efectivicen, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48° de la Ley N° 27444, modificado por la Ley N° 28996.

Quinto: 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 26BIS° 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**