

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



INFORME JURÍDICO SOBRE LA RESOLUCIÓN N° 1533-
2010/SC1-INDECOPI: COMPETENCIA MUNICIPAL Y
RAZONABILIDAD DE LAS RESTRICCIONES HORARIAS

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogado
que presenta:

Daniel Alejandro Culca Maguiña

ASESORA:

Laura Isabel Francia Acuña


Lima, 2025

Informe de Similitud

Yo, LAURA ISABEL FRANCIA ACUÑA, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado "INFORME JURÍDICO SOBRE LA RESOLUCIÓN N° 1533-2010/SC1-INDECOPI: COMPETENCIA MUNICIPAL Y RAZONABILIDAD DE LAS RESTRICCIONES HORARIAS", del autor(a) DANIEL ALEJANDRO CULCA MAGUIÑA, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 31%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 19/07/2025.
- He revisado con detalle dicho reporte y el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 19 de julio del 2024

<u>LAURA ISABEL FRANCIA ACUÑA</u>	
DNI: 42093073	 Firma:
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-0248-8498	

RESUMEN

El presente informe analiza la Resolución N° 1533-2010/SC1-INDECOPI, mediante la cual la Sala de Defensa de la Competencia N° 1 del Tribunal de la Competencia y Propiedad intelectual del INDECOPI declaró que la restricción general al horario de funcionamiento de los establecimientos comerciales, impuesta por la Municipalidad de Miraflores mediante la Ordenanza N° 263-MM, constituye una barrera burocrática carente de razonabilidad.

El problema principal del caso radica en determinar si dicha medida vulnera los requisitos de legalidad y razonabilidad exigidos por el marco normativo. Asimismo, se analizarán los efectos jurídicos derivados de la declaratoria de la medida como barrera burocrática carente de razonabilidad. Para ello, se analizaron los criterios establecidos en el Decreto Ley N° 25868 (vigente al momento de los hechos), así como la normativa vigente del Decreto Legislativo N° 1256.

La presente investigación concluye que, si bien la municipalidad cumplió con los requisitos de legalidad para emitir la restricción, esta no superó el análisis de razonabilidad. Asimismo, se abordan los distintos resultados que habría tenido el fallo de acuerdo con el marco normativo que se hubiese tomado en consideración para su resolución. Con ello, se analiza el desarrollo del marco normativo de las barreras burocráticas en el Perú y su repercusión en la resolución de casos de esta naturaleza.

Palabras clave

Barrera Burocrática - Legalidad - Razonabilidad - Competencia Municipal - Restricción horaria

ABSTRACT

This report analyzes Resolution No. 1533-2010/SC1-INDECOPI, issued by Chamber No. 1 for Competition Defense of the Tribunal for Competition and Intellectual Property of INDECOPI, whereby it was determined that the general restriction on the operating hours of commercial establishments—imposed by the Municipality of Miraflores through Ordinance No. 263-MM—constitutes an unreasonable bureaucratic barrier.

The central issue of the case lies in determining whether the aforementioned measure violates the requirements of legality and proportionality established by the applicable legal framework. Additionally, the report examines the legal effects arising from the declaration of the measure as an unreasonable bureaucratic barrier. To this end, the analysis considers the criteria set forth in Legislative Decree No. 25868 (in force at the time of the events), as well as the current legal framework under Legislative Decree No. 1256.

This study concludes that, although the municipality complied with the formal requirements of legality when enacting the restriction, the measure failed to meet the standards of proportionality. Furthermore, the report discusses the potential variations in the outcome depending on the legal framework applied at the time of resolution. In doing so, it assesses the evolution of the legal regime on bureaucratic barriers in Peru and its impact on the resolution of cases of this nature.

Keywords

Bureaucratic Barrier – Legality – Reasonableness– Municipal Jurisdiction – Time Restriction

ÍNDICE

PRINCIPALES DATOS DEL CASO	4
I. INTRODUCCIÓN	5
1.1 Justificación de la elección de la resolución	5
1.2 Presentación del caso y del análisis	5
II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES	7
2.1 Antecedentes	7
2.2 Hechos relevantes del caso	9
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	12
3.1 Problema principal	12
3.2 Problemas secundarios	13
3.3 Problemas complementarios	13
IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO	14
4.1 Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios	14
4.2 Posición individual sobre el fallo de la resolución	16
V. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO 1	17
5.1. Problema secundario 1	17
5.2. Problema secundario 2	31
V. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO 2	41
6.1. Problema secundario 3	41
6.1. Problema secundario 4	46
VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES	48
BIBLIOGRAFÍA	50
ANEXOS	

PRINCIPALES DATOS DEL CASO

N° EXPEDIENTE	Resolución N° 1533-2010/SC1- INDECOPI
ÁREA(S) DEL DERECHO SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO	Barreras Burocráticas Derecho Administrativo
IDENTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS MÁS IMPORTANTES	Resolución N° 0190-2009/CEB- INDECOPI
DEMANDANTE/DENUNCIANTE	El Purgatorio S.A.C.
DEMANDADO/DENUNCIADO	Municipalidad Distrital de Miraflores
INSTANCIA ADMINISTRATIVA O JURISDICCIONAL	Sala de Defensa de la Competencia N° 1 del Tribunal de la Competencia y Propiedad intelectual del INDECOPI
TERCEROS	-
OTROS	-



I. INTRODUCCIÓN

1.1. Justificación de la elección de la resolución

La elección de la Resolución N° 1533-2010/SC1-INDECOPI (en adelante, la “RESOLUCIÓN”) se fundamenta en su relevancia para el estudio del régimen de barreras burocráticas en el Perú, particularmente en lo concerniente al ejercicio de competencias normativas por parte de las municipalidades para restringir el horario de funcionamiento de los locales comerciales. La RESOLUCIÓN analiza una ordenanza emitida por la Municipalidad Distrital de Miraflores (en adelante, la “MUNICIPALIDAD”), mediante la cual se impuso una restricción general al horario de funcionamiento de los establecimientos comerciales en el distrito.

El análisis de esta RESOLUCIÓN permite examinar los alcances de la potestad municipal para regular el ejercicio de las actividades económicas. Así, resulta relevante que en el caso no solo se limita al control de legalidad sobre la medida, sino que, además aborda el análisis de razonabilidad, para lo cual evalúa si la restricción cumple con un test de razonabilidad, con el fin de determinar si es idónea, proporcional y la opción menos gravosa.

Adicionalmente, la RESOLUCIÓN cobra especial importancia por haberse emitido en un contexto de evolución normativa. El procedimiento se tramitó entre 2009 y 2010, bajo el marco normativo del Decreto Ley N° 25868, Ley de Organización y Funciones del INDECOPI, que regulaba de manera general el control de las barreras burocráticas. Posteriormente, con la promulgación del Decreto Legislativo N° 1256, que aprueba la actual Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas, se introdujeron nuevos criterios para la evaluación de las barreras burocráticas, lo cual supuso reformular la estructura de análisis para determinar si resultan ilegales o carentes de razonabilidad. Ello permite analizar la evolución normativa, administrativa y doctrinal de este régimen jurídico a lo largo del tiempo.

En ese sentido, la presente investigación resulta de especial interés al reflexionar sobre la competencia normativa de los gobiernos locales, la estructura del análisis que deben realizar los órganos del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, el “INDECOPI”) y los efectos jurídicos derivados de la declaración de una barrera burocrática ilegal o carente de razonabilidad. Del mismo modo, el estudio ofrece una oportunidad para revisar la evolución normativa del régimen de eliminación de barreras burocráticas en el tiempo, permitiendo contrastar los criterios aplicables al momento en que se resolvió el caso con aquellos que hubieran sido

exigibles tras las continuas reformas normativas. Este ejercicio comparativo contribuye a identificar los avances en el control de barreras burocráticas.

1.2. Presentación del caso

La presente investigación analiza la RESOLUCIÓN, emitida por la Sala de Defensa de la Competencia N° 1 del Tribunal de la Competencia y Propiedad intelectual del INDECOPI (en adelante, la “SALA”)¹, en el marco de una denuncia formulada contra la MUNICIPALIDAD por la imposición de una restricción al horario de funcionamiento de los establecimientos comerciales en todo el distrito.

Mediante la Ordenanza N° 263-MM, la MUNICIPALIDAD dispuso que los establecimientos comerciales ubicados en el distrito de Miraflores solo podían operar hasta las 23:00 horas y, excepcionalmente, hasta las 03:00 horas, siempre que cuenten con una licencia especial otorgada para tal fin (en adelante, la “ORDENANZA”). Esta restricción fue cuestionada por la empresa El Purgatorio S.A.C. (en adelante, “EL PURGATORIO”), titular de un establecimiento de entretenimiento autorizado para operar como cafetería con espectáculo y venta de licor por copas, la cual formuló una denuncia ante el INDECOPI alegando que la medida impuesta por la MUNICIPALIDAD constituía una barrera burocrática ilegal y carente de razonabilidad.

La denunciante sostuvo que la necesidad de obtener una licencia especial para contar con un horario extendido de funcionamiento no se encuentra contemplada en la Ley N° 28976, Ley Marco de Licencia de Funcionamiento; y que la ORDENANZA contraviene los pronunciamientos del Tribunal Constitucional referidos a que las restricciones horarias no pueden aplicarse de manera generalizada en un territorio, sino que deben ser focalizadas de acuerdo con la zonificación.

Por su parte, la MUNICIPALIDAD defendió la legalidad y razonabilidad de la ORDENANZA, señalando que esta fue emitida en el ejercicio de sus competencias normativas, conforme al procedimiento establecido y con la finalidad de preservar la tranquilidad y seguridad vecinal.

Sobre esta base, la presente investigación se sustenta en el marco jurídico aplicable en el momento de los hechos, fundamentalmente en el Decreto Ley N°

¹ En virtud del Decreto Legislativo N° 807, publicado el 16 de abril de 1996, la autoridad competente para resolver las apelaciones interpuestas contra las resoluciones emitidas por las Comisiones del INDECOPI era la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Posteriormente, con la entrada en vigor del Decreto Legislativo N° 1256, publicado el 8 de diciembre de 2016, dicha competencia fue asignada a la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal.

25868, así como en la normativa vigente a la fecha; esto es, el Decreto Legislativo N° 1256, que regula el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas.

El primer problema jurídico principal que se plantea en este caso consiste en determinar si la restricción horaria impuesta por la MUNICIPALIDAD constituye una barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad. Al respecto, coincidimos con la postura de la SALA, en el extremo de que la medida cumple con el análisis de legalidad, debido a que fue formalmente enmarcada dentro de las competencias municipales y aprobada conforme a los procedimientos previstos por la normativa aplicable.

Asimismo, coincidimos con la SALA en que corresponde declarar la restricción como una barrera burocrática carente de razonabilidad, dado que, si bien resulta idónea para garantizar la tranquilidad vecinal, no cumple con los requisitos de proporcionalidad y con ser la opción menos gravosa. Adicionalmente, resulta pertinente incidir en que los requisitos de este análisis han variado en el tiempo, por lo que en determinados periodos no hubiera sido posible concretar dicha evaluación; o se emplearían criterios distintos.

El segundo problema jurídico principal está referido al alcance de los efectos jurídicos derivados de la declaración de una barrera burocrática carente de razonabilidad. La SALA determinó adecuadamente que la barrera burocrática se inaplique en el caso concreto. No obstante, los efectos jurídicos que se originan a partir de una declaración de esta naturaleza también han variado en el tiempo, por lo que, en determinados periodos, no hubiese sido posible ordenar la inaplicación.

Asimismo, no se dictaron medidas adicionales a la declaratoria de barrera burocrática carente de razonabilidad, dado que en ese momento no se regulaba ello. Sin embargo, en la normativa actual se ha establecido la posibilidad de adicionar medidas correctivas en la resolución.

En ese contexto, resulta necesario examinar los límites y consecuencias de la inaplicación de la medida en el caso en concreto, así como analizar si la SALA tiene facultades para complementar su decisión con medidas correctivas que resulten beneficiosas para el administrado.

A partir de lo anterior, se concluye que la constante evolución del marco normativo que regula las barreras burocráticas ha permitido en líneas generales, tutelar el interés de los administrados y reconocerle mayores efectos a las decisiones del INDECOPI.

II. IDENTIFICACIÓN DE HECHOS RELEVANTES

2.1. Antecedentes

El establecimiento ubicado en Pasaje Los Pinos N° 181, interior 102, en el distrito de Miraflores (en adelante, el “ESTABLECIMIENTO”), fue inicialmente gestionado por Kamanu Producciones E.I.R.L., empresa que contaba con licencia municipal para operar como Café Concert sin restricción horaria desde el 20 de enero de 2005. Esta licencia fue otorgada conforme a la Ordenanza N° 65-99-MM, de fecha 8 de octubre de 1999, que Aprueba Normas para la Autorización de Funcionamiento, Modificación y Cese de Actividades de Establecimientos en el distrito, emitida por la MUNICIPALIDAD.

Esta ordenanza no establecía limitaciones horarias al funcionamiento de los establecimientos comerciales. Además, su artículo 5° disponía lo siguiente:

Ordenanza N° 65-99-MM

Artículo 5°.- Temporalidad de la Autorización.- La Autorización tiene vigencia en tanto permanezcan las condiciones iniciales que originaron el otorgamiento de la Autorización.

En consecuencia, el ESTABLECIMIENTO se encontraba debidamente autorizado para operar sin restricción de horario, en virtud de una licencia de funcionamiento de vigencia indeterminada.

Posteriormente, el marco normativo local fue objeto de modificaciones. Así, la Ordenanza N° 65-99-MM fue derogada el 11 de marzo de 2006, mediante la aprobación de la Ordenanza N° 225-2006-MM. Esta, a su vez, fue derogada el 12 de agosto de 2007 por la ORDENANZA, la cual estableció un nuevo Reglamento para el Otorgamiento de Licencias de Funcionamiento en el distrito.

La ORDENANZA introdujo las siguientes dos modalidades de licencias:

1. Licencia de funcionamiento regular, que autorizaba la operación de los establecimientos entre las 08:00 y las 23:00 horas; y
2. Licencia especial para restaurantes y negocios afines, que permitía operar en horario extendido:
 - a. De domingo a jueves, hasta la 01:00 del día siguiente; y
 - b. Los viernes, sábados y vísperas de feriado, hasta las 03:00 horas.

Adicionalmente, se contempló un régimen excepcional de funcionamiento ininterrumpido para ciertos rubros específicos, tales como casinos y tragamonedas.

En este contexto, el ESTABLECIMIENTO fue transferido a la empresa EL PURGATORIO, la cual gestionó la obtención de nuevas licencias municipales de funcionamiento, conforme al nuevo marco normativo previsto en la ORDENANZA. A partir de ello, el 3 de febrero de 2009, se obtuvo la licencia de funcionamiento regular, y el 23 de febrero del mismo año, se obtuvo la licencia especial que le permitía operar conforme al horario extendido previsto por la ORDENANZA.

Sin embargo, mediante Resolución N° 99-2009-SGFC-GAC/MM, de fecha 18 de junio de 2009, la MUNICIPALIDAD impuso a EL PURGATORIO una sanción consistente en la clausura temporal del local y la aplicación de una multa, al considerar que el ESTABLECIMIENTO había operado fuera del horario permitido, específicamente hasta las 04:00 horas, lo cual excedía el límite establecido por la licencia especial.

2.2. Hechos relevantes del caso

El 24 de junio de 2009, EL PURGATORIO interpuso una denuncia ante la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del INDECOPI (en adelante, la “CEB”) contra la MUNICIPALIDAD, solicitando la declaración e inaplicación de una barrera burocrática presuntamente ilegal y carente de razonabilidad contenida en la ORDENANZA. Dicha denuncia se fundamentó en que la medida prevista en la ORDENANZA era (i) ilegal, (ii) carente de razonabilidad, y (iii) que afectaba la permanencia en el mercado de EL PURGATORIO.

EL PURGATORIO sostuvo que la ORDENANZA establecía un régimen de licencia de funcionamiento especial ilegal porque, en la práctica, suponía un doble trámite para la obtención de la autorización de funcionamiento, vulnerando lo siguiente:

1. El principio de simplificación administrativa, dado que el trámite diferenciado por la licencia especial supone una exigencia duplicada;
2. La Ley N° 28976, que aprueba la Ley Marco de Licencia de Funcionamiento, que no reconoce la figura de la “licencia especial”;
3. El artículo 37 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, el “TUO LPAG”),

dado que dicho procedimiento no se encontraba previsto en el Texto Único de Procedimientos Administrativos de la MUNICIPALIDAD.

Asimismo, EL PURGATORIO argumentó que la restricción horaria era carente de razonabilidad, en la medida en que:

1. Las razones por las cuales se imponía una restricción horaria especial no se encontraban debidamente sustentadas;
2. No se justificaba el motivo por el que ciertos establecimientos, como casinos y tragamonedas, estaban exentos de dicha limitación y podían operar de forma ininterrumpida;
3. Las actividades que desarrolla no generaban afectaciones a la tranquilidad del vecindario; y
4. La restricción se aplicaba de manera generalizada, sin evaluación individualizada.

Además, en la denuncia EL PURGATORIO sostuvo que la medida afectaba su permanencia en el mercado, debido a que, sobre la base de dicha disposición, la MUNICIPALIDAD la había sancionado con clausura transitoria y multa, lo que implicaba pérdidas económicas para su negocio.

Posteriormente, el 24 de julio de 2009, la MUNICIPALIDAD emitió la Resolución N° 027-2009-SGFC-GAC/MM, mediante la cual impuso la medida cautelar de clausura del ESTABLECIMIENTO, vinculada a la sanción impuesta por la Resolución N° 99-2009-SGFC-GAC/MM. Ante ello, el 7 de agosto de 2009, EL PURGATORIO informó a la CEB que la clausura habría sido dispuesta como represalia por haber presentado la denuncia de barrera burocrática. Asimismo, alegó que el ESTABLECIMIENTO, en su anterior gestión, operaba al amparo de una licencia sin restricción horaria.

El 11 de agosto de 2009, a solicitud de la CEB, EL PURGATORIO precisó que la barrera burocrática denunciada se materializaba en dos disposiciones contenidas en la ORDENANZA:

1. La restricción generalizada del horario de funcionamiento; y
2. La exigencia de una licencia especial para acceder al horario extendido.

A criterio del denunciante, la primera medida implicaba, en los hechos, una revocación parcial de la autorización previamente otorgada en la anterior gestión del ESTABLECIMIENTO, la cual carecía de limitaciones horarias.

El 3 de septiembre de 2009, la MUNICIPALIDAD presentó su escrito de descargos, sosteniendo lo siguiente respecto a la restricción horaria:

1. La medida es legal, en tanto había sido emitida en ejercicio de su competencia normativa para regular el funcionamiento de los establecimientos comerciales, y empleando el instrumento normativo adecuado; y
2. La medida es razonable al estar orientada a la protección de la tranquilidad pública y el derecho de los vecinos a un entorno acústicamente sano, sin que existiera una medida alternativa menos gravosa para cumplir dicho objetivo.

En atención a ello, el 15 de octubre de 2009, la CEB emitió la Resolución N° 0190-2009/CEB-INDECOPI, en la que determinó lo siguiente:

1. En cuanto a la exigencia de la licencia especial, se abstuvo de pronunciarse, al considerar que EL PURGATORIO ya contaba con dicha autorización, y por tanto no se encontraba ante una limitación que impidiera su permanencia en el mercado.
2. La restricción horaria cumplía con los requisitos de legalidad, dado que la MUNICIPALIDAD contaba con competencia normativa para establecer limitaciones al horario de funcionamiento de los establecimientos comerciales en su jurisdicción. Asimismo, descartó la existencia de una revocación parcial de derechos adquiridos, ya que las licencias de funcionamiento de EL PURGATORIO fueron emitidas cuando ya se encontraba vigente la ORDENANZA.
3. La restricción horaria no cumplía con los requisitos de razonabilidad, al tratarse de una limitación generalizada e indiscriminada, contraria a los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional en múltiples pronunciamientos.
4. La restricción contenida en la ORDENANZA constituye una barrera burocrática carente de razonabilidad y, por tanto, corresponde su inaplicación respecto de EL PURGATORIO.

Cabe precisar que dicha resolución contó con un voto en discordia, en el cual uno de los comisionados sostuvo que la medida sí era razonable, al tratarse de una limitación leve al desarrollo de actividades económicas, dado que la restricción únicamente se aplicaba en horas de la madrugada.

El 23 de octubre de 2009, la MUNICIPALIDAD interpuso un recurso de apelación contra la resolución de la CEB, sosteniendo que las actividades del ESTABLECIMIENTO producen una perturbación a la tranquilidad vecinal, que la restricción horaria constituye una intervención leve en el desarrollo de la actividad económica y que la medida era idónea para asegurar el bienestar de los vecinos.

Finalmente, el 28 de abril de 2010, la SALA emitió la RESOLUCIÓN, mediante la cual confirmó la resolución apelada. En su análisis, la SALA reconoció que la medida cumplía con los requisitos de legalidad de fondo y de forma, en la medida que la MUNICIPALIDAD contaba con competencia normativa sobre la materia y empleó el instrumento normativo adecuado para establecer la restricción, esto es, la ORDENANZA.

No obstante, al evaluar la razonabilidad de la restricción, la SALA concluyó que esta constituía una barrera burocrática carente de razonabilidad, por los siguientes argumentos:

1. Si bien la medida era idónea porque perseguía un objetivo de interés público, la tranquilidad vecinal; no se acreditó que fuera una restricción necesaria, al no haberse realizado una adecuada evaluación de costos y beneficios;
2. La medida no resultaba proporcional, porque no se consideraron alternativas menos gravosas, como la aplicación focalizada de acuerdo con la zonificación del distrito.

En consecuencia, la SALA confirmó la resolución de la CEB, mediante la cual se declaró que la restricción constituye una barrera burocrática carente de razonabilidad y se dispuso su inaplicación respecto de EL PURGATORIO.

Sin perjuicio de lo anterior, en la RESOLUCIÓN se precisó que la declaración de esta medida como barrera burocrática carente de razonabilidad no exime a los administrados del cumplimiento de sus obligaciones administrativas vinculadas a la protección de la seguridad, tranquilidad, orden, salud y demás derechos de los vecinos.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

3.1. Problema principal

- ¿La restricción general impuesta por la ORDENANZA al horario de funcionamiento de los establecimientos comerciales en el distrito de Miraflores constituye una barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad?
- ¿Cuáles son los efectos jurídicos derivados de la declaratoria de una barrera burocrática carente de razonabilidad respecto al administrado?

3.2. Problemas secundarios

- ¿La MUNICIPALIDAD contaba con competencia normativa para imponer una restricción general al horario de funcionamiento de los establecimientos comerciales, y cumplió con el procedimiento formal correspondiente para su emisión?
- ¿La restricción impuesta supera el análisis de razonabilidad exigido por el ordenamiento jurídico?
- ¿Qué efectos genera la declaratoria de una barrera burocrática carente de razonabilidad respecto de la situación jurídica del administrado?
- ¿La SALA puede establecer medidas correctivas en favor del administrado, como consecuencia de la declaratoria de la barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad?

3.3. Problemas complementarios

- ¿Puede la MUNICIPALIDAD establecer restricciones horarias generalizadas o solo en zonas determinadas debidamente justificadas?
- ¿Con la emisión de la ORDENANZA se produjo una revocación parcial de la licencia de funcionamiento con la que originalmente contaba el ESTABLECIMIENTO?
- ¿EL PURGATORIO cumplió con la presentación de indicios sobre la carencia de razonabilidad de la barrera burocrática?
- ¿Qué estándares deben cumplirse para considerar una restricción como razonable en el marco de la Ley de Barreras Burocráticas?

- ¿Cómo debe interpretarse la inaplicación de barreras burocráticas en función del artículo 6 del Decreto Legislativo 1256 y su diferencia entre denuncias y procedimientos de oficio?
- ¿Qué límites tiene el INDECOPI respecto a la declaración de inaplicación general de barreras burocráticas impuestas mediante ordenanzas municipales?
- ¿Las medidas correctivas pueden reparar el daño que sufre el administrado por la imposición de una barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad?

IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO

4.1. Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios

4.1.1. Problemas principales

Respecto al primer problema principal, consideramos que la restricción general impuesta por la Ordenanza N° 263-MM sí constituye una barrera burocrática carente de razonabilidad, aunque no ilegal. La medida se emitió en ejercicio de una competencia municipal legítima, cumpliendo con los requisitos de legalidad formal y sustantiva; sin embargo, la falta de un análisis de proporcionalidad adecuado, la generalización de la restricción sin diferenciación por zonas o tipos de actividad, y la ausencia de evaluación de medidas menos gravosas, permiten concluir que la barrera no es razonable.

Respecto al segundo problema principal, sostenemos que para este caso la declaración de la restricción como barrera burocrática carente de razonabilidad generó su inaplicación para el administrado, de modo que la administración no podía seguir aplicándole dicha disposición. Asimismo, al momento en que se desarrolló el caso, los órganos del INDECOPI no contaban con facultades para otorgar medidas correctivas, por lo que no correspondían que estas se establecieran.

4.1.2. Problemas secundarios

1.1. ¿La MUNICIPALIDAD contaba con competencia normativa para imponer una restricción general al horario de funcionamiento de los establecimientos comerciales, y cumplió con el procedimiento formal correspondiente para su emisión?

La MUNICIPALIDAD sí contaba con competencia normativa para regular el horario de funcionamiento de los establecimientos comerciales, conforme a lo

dispuesto en la Ley Orgánica de Municipalidades (Ley N° 27972), que le otorga facultades para normar y controlar el funcionamiento de los establecimientos comerciales con la finalidad de preservar la tranquilidad. Asimismo, la ORDENANZA fue aprobada mediante el procedimiento formal correspondiente al ser emitida por el Concejo Municipal, publicada oficialmente y no fue cuestionada por vicios de procedimiento.

No obstante, es criticable que tanto la Resolución del CEB como la de la SALA omitieron pronunciarse debidamente sobre aspectos incluidos en la denuncia, tales como la revocación de la licencia con la que inicialmente contaba el establecimiento. Este aspecto resulta relevante porque si no se hubiese efectuado una transferencia de titularidad, la restricción no sería aplicable a EL PURGATORIO, porque supondría una revocación tácita de sus derechos.

1.2. ¿La restricción impuesta supera el análisis de razonabilidad exigido por el ordenamiento jurídico?

La restricción no supera el análisis de razonabilidad exigido por el ordenamiento jurídico. Si bien podría considerarse idónea en tanto busca proteger la tranquilidad vecinal, no se acredita que sea proporcional y la opción menos gravosa.

La afectación a los derechos económicos del administrado es excesiva, al limitar el horario de operación en horas que son cruciales para su modelo de negocio. Esta afectación resulta desproporcionada en relación con el beneficio público tutelado, al aplicarse de forma generalizada y sin un análisis concreto de afectaciones vecinales por parte del establecimiento sancionado.

Asimismo, no se acreditó que esta medida fuera la opción menos gravosa para alcanzar dicho objetivo. La MUNICIPALIDAD no evaluó otras alternativas menos lesivas, como restricciones diferenciadas por zonas, intensificación de fiscalización, control acústico, entre otros.

Por otro lado, considerando el marco normativo actual, que establece divide el análisis de razonabilidad en análisis de arbitrariedad y de proporcionalidad, esta restricción incumpliría ambas evaluaciones. Así, la restricción sería arbitraria porque no determina un problema a solucionar ni justifica como la medida podría aplicar a ello. Por otro lado, sería desproporcionada al emitir la restricción, no se había previsto una evaluación de costos ni beneficios.

2.1. ¿Qué efectos genera la declaratoria de una barrera burocrática carente de razonabilidad respecto de la situación jurídica del administrado?

La declaratoria de una barrera burocrática carente de razonabilidad genera la inaplicación de la medida impugnada únicamente respecto del administrado denunciante. Ello supone que no se pueden sustentar nuevas sanciones o medidas restrictivas basadas en dicha norma respecto del denunciante.

Sin perjuicio de ello, cabe mencionar que la competencia de los órganos del INDECOPI para declarar la inaplicación de la barrera ha variado en el tiempo. De modo que, durante un periodo entre el 2001 y 2007, el INDECOPI solo lo hubiera podido solicitar a la municipalidad la eliminación de la barrera.

2.2. ¿La SALA puede establecer medidas correctivas en favor del administrado, como consecuencia de la declaratoria de la barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad?

La SALA al resolver el caso no contaba con potestad para ordenar medidas correctivas en favor del administrado. No obstante, con el marco normativo vigente, se le otorgó dicha facultad, pero de manera limitada. De modo que, para este caso, solo podría ordenar a la MUNICIPALIDAD la publicación de la declaratoria de barrera, a modo de difusión, sin que ello favorezca al administrado compensándolo por el perjuicio causado a raíz de la aplicación de la barrera o le otorgue mayores garantías.

4.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución

En mi opinión, es acertado el sentido del fallo contenido en la RESOLUCIÓN, en cuanto declara que la restricción horaria impuesta por la MUNICIPALIDAD constituye una barrera burocrática carente de razonabilidad. Coincido en que la medida, si bien resulta legal por haberse emitido en base a una competencia municipal legítima y conforme a los procedimientos aplicables, no cumple con los requisitos para justificar una afectación tan gravosa al derecho a la libertad de empresa.

Sin embargo, considero que la RESOLUCIÓN no aborda adecuadamente determinadas materias en controversia, como lo son el análisis de revocación o de trato discriminatorio.

Finalmente, considero que este caso evidencia la necesidad de fortalecer la evaluación de restricciones municipales de alcance general, considerando la afectación que produce en los administrados, en el ejercicio de sus actividades económicas.

5. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO 1: ¿La restricción general impuesta por la ORDENANZA al horario de funcionamiento de los establecimientos comerciales en el distrito de Miraflores constituye una barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad?

5.1. Problema secundario 1: ¿La MUNICIPALIDAD contaba con competencia normativa para imponer una restricción general al horario de funcionamiento de los establecimientos comerciales, y cumplió con el procedimiento formal correspondiente para su emisión?

5.1.1. Regulación de barreras burocráticas

5.1.1.1. Marco normativo INDECOPI

El concepto de barreras burocráticas ha experimentado una evolución significativa en el marco normativo peruano, reflejando los esfuerzos del Estado por garantizar un entorno favorable para la actividad económica y la competitividad. Actualmente, según el numeral 3 del artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1256, se define una barrera burocrática como cualquier exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro impuesto por una entidad pública que condicione, restrinja u obstaculice el acceso y/o permanencia de los agentes económicos en el mercado, o que afecte a los administrados en la tramitación de procedimientos administrativos, sujetos a las normas y principios que garantizan la simplificación administrativa.

Al respecto, es importante enfatizar que no toda barrera burocrática debe desaparecer del ordenamiento jurídico, puesto que no son negativas en todos los casos. Inclusive suelen ser necesarias y beneficiosas para la sociedad porque armonizan el derecho a la libre competencia con la protección al interés público (Lindley-Russo, 2019, p. 472).

Las barreras burocráticas materia de esta regulación son aquellas perjudiciales desde una perspectiva económica porque generan trabas, costos y complicaciones que no tienen justificación y que afectan al mercado restándole dinamismo y competitividad (Cavero, 2016, p. 42). Por ello, el INDECOPI interviene cuando las barreras resultan ilegales o carentes de razonabilidad y, por ello, impactan indebidamente en los agentes económicos.

Esta definición es el resultado de una serie de modificaciones legislativas orientadas a identificar y eliminar obstáculos innecesarios en la administración pública. A continuación, se presenta una cronología de las principales

normativas que han configurado el actual régimen de barreras burocráticas en el Perú, hasta el momento en el que se desarrolla el caso de EL PURGATORIO:

1. Decreto Ley N° 25868, Ley de Organización y Funciones del INDECOPI (24/11/1992): Se crea al organismo, se le otorga personería jurídica de derecho público y se le reconoce autonomía técnica, económica, presupuestal y administrativa. Asimismo, se crean sus comisiones, de acuerdo con las diversas materias asociadas a la defensa de la competencia y la protección de la propiedad intelectual. Inicialmente, no se tenía prevista la regulación de las barreras burocráticas.
2. Decreto Legislativo N° 807, que aprueba Facultades, Normas y organización del INDECOPI (18/04/1996): Modificó el Decreto Ley N° 25868, incorporando el artículo 26 BIS, que otorgó a la Comisión de Acceso al Mercado del INDECOPI la competencia para revisar actos y disposiciones de la administración pública que impongan barreras burocráticas ilegales o irracionales que afecten el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado. Además, facultó a la Comisión para eliminar dichas barreras e imponer sanciones a los funcionarios responsables, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa y penal². Cabe mencionar que la SALA era competente para conocer las apelaciones en estos casos, de acuerdo con el artículo 11 de la norma³.
3. Ley N° 28032, Ley de Eliminación de barreras burocráticas en favor de la competitividad de los agentes económicos (19/07/2003): Declaró de interés nacional la eliminación de barreras burocráticas que afecten la competitividad de los agentes económicos.

² Decreto Ley N° 25868

“Artículo 26 BIS.- 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° s. 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. La Comisión, mediante resolución, podrá eliminar las barreras burocráticas a que se refiere este artículo.

La Comisión podrá imponer sanciones y multas al funcionario o funcionarios que impongan la barrera burocrática declarada ilegal, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa y la formulación de la denuncia penal correspondiente, de ser el caso. La escala de sanciones es la siguiente: falta leve con sanción de amonestación; falta grave con multa de hasta dos (2) UIT y falta muy grave con multa de hasta cinco (5) UIT.

[...]

³ Decreto Ley N° 25868

“Artículo 11.- El Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual está constituido por dos Salas: la Sala de Defensa de la Competencia, que conocerá de las apelaciones interpuestas contra las resoluciones de las Comisiones del Indecopi [...]

4. Decreto Legislativo N° 1033, Ley de Organización y Funciones del INDECOPI (15/06/2008): Derogó el Decreto Ley N° 25868, pero manteniendo vigentes los artículos 26 y 26 BIS hasta que se establecieran las leyes que regulen las competencias de la CEB, órgano que reemplaza a la Comisión de Acceso al Mercado.

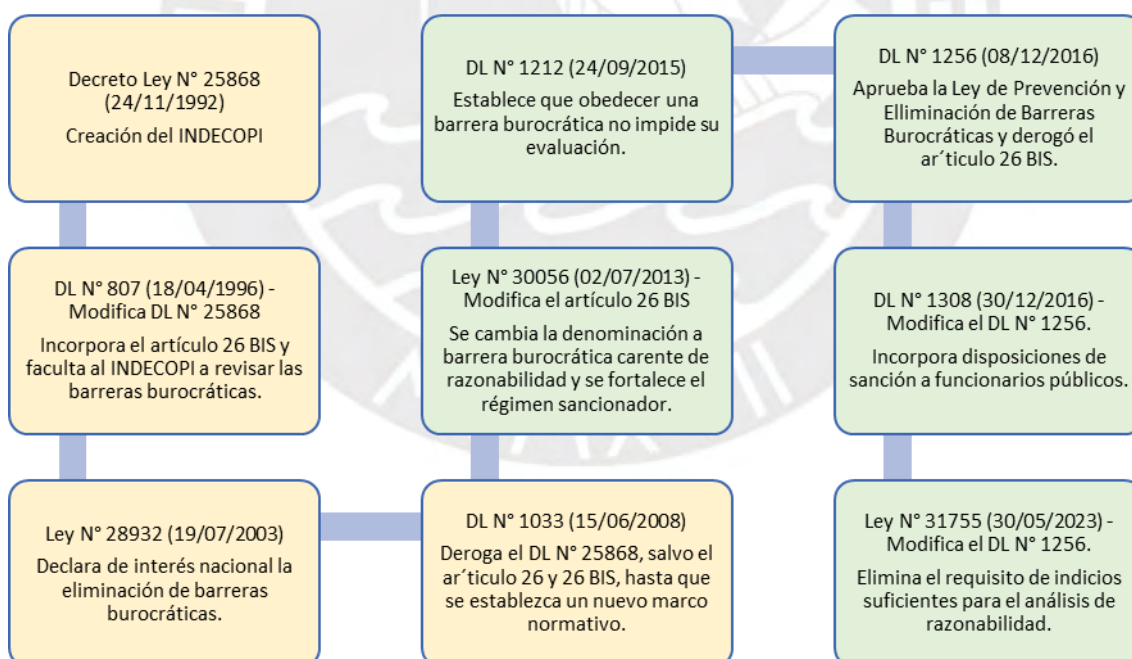
En el contexto del caso de EL PURGATORIO, que se desarrolló entre 2007 y 2010, la CEB ya contaba con la competencia para analizar y pronunciarse sobre barreras burocráticas impuestas por entidades de la Administración Pública, entre las que se encuentran aquellas emitidas por municipalidades.

Además, es importante considerar que luego de la RESOLUCIÓN del caso de EL PURGATORIO, se produjeron diversas modificaciones normativas relevantes. Entre las principales modificaciones, destacan las siguientes:

5. Ley N° 30056, Modificación del artículo 26 BIS del Decreto Ley N° 25868 (02/07/2013): Se cambia la denominación de barrera burocrática irracional por carente de razonabilidad⁴, sin que ello suponga una variación en su contenido. Asimismo, se introdujeron cambios sustanciales al régimen sancionador contra los funcionarios públicos que impongan barreras burocráticas ilegales o carentes de razonabilidad. En particular, se amplió el supuesto de sanción, que hasta entonces solo contemplaba barreras ilegales, permitiendo también la sanción por imponer barreras carentes de razonabilidad. En adición, se incorporaron criterios de gradualidad en la imposición de multas.
6. Decreto Legislativo N° 1212, que refuerza las facultades sobre eliminación de barreras burocráticas para el fomento de la competitividad (24/09/2015): Precisó que la CEB es la autoridad competente para conocer los procedimientos de eliminación de barreras burocráticas, consolidando lo dispuesto previamente por el Decreto Legislativo N° 1033. Además, estableció que el hecho de que un ciudadano haya cumplido con lo exigido en una medida considerada como barrera burocrática, ya sea durante el procedimiento o posteriormente, no implica la convalidación ni cierre del proceso, reforzando la posibilidad de declarar la ilegalidad o carencia de razonabilidad de la medida pese a su acatamiento.

⁴ Con esta modificación se formaliza el cambio de denominación del análisis de racionalidad a carencia de razonabilidad. No obstante, dicha terminología ya venía siendo empleada en la práctica jurídica. Tal es así que en la Resolución de la CEB del caso de EL PURGATORIO se indica que el análisis efectuado es de carencia de razonabilidad.

7. Decreto Legislativo N° 1256, Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas (08/12/2016): Se derogó el artículo 26 BIS del Decreto Ley N° 25868 y aprobó un nuevo marco normativo sobre la eliminación de barreras burocráticas. Introdujo principios, procedimientos y criterios claros para el análisis de legalidad y razonabilidad de las barreras.
8. Decreto Legislativo N° 1308, que modifica el Decreto Legislativo N° 1256 (30/12/2016): Incorporó disposiciones específicas para la sanción de funcionarios públicos por la imposición de barreras ilegales y/o carentes de razonabilidad en casos anteriores a la entrada en vigor del nuevo marco normativo.
9. Ley N° 31755, que modifica el Decreto Legislativo N° 1256 (30/05/2023): Eliminó el requisito de “indicios suficientes” para admitir a trámite la denuncia por barreras burocráticas, siendo ahora suficiente la presencia de indicios de la carencia de razonabilidad. Asimismo, estableció que el análisis de razonabilidad debe realizarse considerando el momento en que se emitió la medida cuestionada. De igual manera, introdujo la posibilidad de dictar medidas cautelares cuando se advierta un riesgo de daño irreparable por el solo transcurso del tiempo, reforzando la tutela urgente de derechos.



Elaboración propia.

5.1.1.2. Precedente de Observancia Obligatoria

Es importante resaltar que el marco normativo que inicialmente regulaba el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas no desarrollaba los criterios que se debían tomar en consideración para determinar si una barrera era ilegal o carente de razonabilidad.

De manera complementaria, la SALA emitió el precedente de observancia obligatoria⁵ sobre barreras burocráticas mediante la Resolución N° 182-97-TDC (16/07/1997) (en adelante, el “PRECEDENTE”). A través de esta resolución, se establecieron los siguientes criterios para determinar si una barrera burocrática es ilegal o irracional:

I. Legalidad:

Verificar si la medida evaluada fue emitida respetando las formalidades y procedimientos establecidos por las normas aplicables al caso concreto. Además, requiere comprobar si la medida se enmarca en las atribuciones y competencias de la autoridad correspondiente.

II. Racionalidad:

Se solicita que el denunciante aporte elementos de juicio razonable que evidencien cómo la medida impide u obstaculiza el acceso o la permanencia del agente en el mercado, ya sea por implicar un trato discriminatorio, por carecer de fundamento (arbitrariedad) o por resultar excesiva en relación con sus fines (desproporcionalidad).

De comprobarse indicios razonables, se le solicita a la entidad que demuestre el interés público que motivó la medida, que la restricción era adecuada o razonable y que la medida era la alternativa menos gravosa para los interesados.

Sobre esta base, la Comisión determina si la medida está justificada, es proporcional a los fines previstos y no genera tratos discriminatorios.

Adicionalmente, el PRECEDENTE dispone que cuando se verifica la ilegalidad de la medida, la denuncia debe declararse fundada sin necesidad de evaluar la racionalidad. No obstante, autores como Cavero (2016, p. 45) advierten que

⁵ El Precedente de Observancia Obligatoria se emite en virtud del artículo 43 del Decreto Legislativo N° 807, que establece las Facultades, normas y organización del INDECOPI. En esta disposición se establece que las resoluciones de las Comisiones o Salas que resuelven casos particulares e interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la norma, constituyen precedentes de observancia obligatoria, en tanto no se modifique dicha interpretación por otra Resolución. En ese sentido, resulta vinculante para los órganos del INDECOPI.

omitir el análisis de racionalidad puede generar riesgos en la etapa recursiva, ya que, si la SALA revoca la ilegalidad, no podrá analizar ex novo la racionalidad, en tanto esta no fue abordada por la primera instancia. Por ello, se recomienda desarrollar ambos análisis de forma paralela en cada pronunciamiento.

Sobre la base de lo expuesto, la evaluación de la legalidad de la restricción horaria impuesta por la ORDENANZA deberá centrarse en el respeto del marco competencial y en el cumplimiento de los procedimientos. A continuación, se analizarán los aspectos vinculados a dicha evaluación en el caso de EL PURGATORIO.

5.1.2. Análisis de legalidad

5.1.2.1. Competencia - Legalidad de fondo

La ilegalidad de fondo se configura cuando la medida evaluada excede el ámbito de competencia de la entidad de la Administración Pública que la emite. En ese sentido, corresponde determinar si la MUNICIPALIDAD contaba con competencia normativa para emitir la restricción horaria contenida en la ORDENANZA.

La Constitución Política del Perú (en adelante, la “CONSTITUCIÓN”), en los incisos 6 y 8 del artículo 195, reconoce a los gobiernos locales competencias en materia de desarrollo urbano y rural de sus respectivas circunscripciones, así como en la regulación de las actividades tales como la recreación. Estas atribuciones facultan a las municipalidades para dictar disposiciones referidas al funcionamiento de establecimientos comerciales de entretenimiento.

En desarrollo de dichas competencias, el numeral 3.6.4 del artículo 79 de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades (27/05/2003), establece que las municipalidades cuentan con competencia para regular y otorgar autorizaciones para la apertura de los establecimientos comerciales en su jurisdicción, lo cual debe realizarse de acuerdo con la zonificación.

De igual modo, el numeral 3.6. del artículo 83 de la referida norma resalta que las municipalidades tienen competencia exclusiva para otorgar licencias de apertura a los establecimientos comerciales.

Con base en lo anterior, la SALA concluyó que la MUNICIPALIDAD sí contaba con competencia para regular el funcionamiento de EL PURGATORIO, así como de los otros establecimientos comerciales dentro de su jurisdicción, en aras de garantizar la tranquilidad vecinal.

Esta interpretación es coherente con lo sostenido por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída sobre el Expediente N° 007-2006-PI/TC (en adelante, el “CASO DE CALLE DE LAS PIZZAS”), en la cual se reconoce expresamente la legitimidad de las municipalidades para establecer restricciones horarias respecto al funcionamiento de los establecimientos comerciales (2007, fj. 51-52).

No obstante, es importante precisar que el ejercicio de competencias por parte de los gobiernos locales no es irrestricto. Como advierte Lucchetti (2008), la autonomía municipal no equivale a autarquía; por tanto, se encuentra subordinada al marco jurídico nacional (p. 367). En la misma línea, Delgado (2008) señala que los límites de la autonomía municipal están dados por los derechos fundamentales y los principios constitucionales.

Aplicando estos criterios al presente caso, se debe considerar que, la MUNICIPALIDAD, al emitir la ORDENANZA, reguló el otorgamiento de licencias de funcionamiento para los establecimientos comprendidos en su jurisdicción territorial, incluyendo entre sus disposiciones una limitación horaria para los establecimientos comerciales. En ese sentido, la materia objeto de la regulación se encuentra dentro del ámbito de las competencias de la MUNICIPALIDAD, acorde con el marco constitucional y legal.

Por lo expuesto, concluimos que la MUNICIPALIDAD sí contaba con competencia normativa para regular el horario de funcionamiento de los establecimientos comerciales bajo su jurisdicción, entre los que se encontraba EL PURGATORIO. En consecuencia, coincidimos con lo sostenido por la SALA, en el extremo que la medida evaluada cumple con el requisito de legalidad de fondo al haber sido dictada por autoridad competente.

5.1.2.2. Procedimiento - Legalidad de forma

La ilegalidad de forma se configura cuando una medida es adoptada sin observar los requisitos formales y procedimentales establecidos por el ordenamiento jurídico para su validez. Como sostiene Linddley-Russo (2019), este tipo de ilegalidad se refiere al incumplimiento de las formalidades y procedimientos previstos para la emisión de actos administrativos o normas con fuerza obligatoria (p. 476).

En el ámbito municipal, el artículo 40 de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, establece que las municipalidades ejercen su potestad normativa para regular las materias de su competencia a través de ordenanzas, las cuales constituyen normas de carácter general.

Adicionalmente, en el artículo 44 de la misma norma se establece que las ordenanzas emitidas por las municipalidades distritales de Lima deben ser publicadas en el Diario Oficial “El Peruano”. El cumplimiento de esta exigencia garantiza no solo la eficacia de la norma, sino también la observancia de los principios de publicidad, transparencia y seguridad jurídica. De no cumplirse esta formalidad, la norma carecería de efectos vinculantes, incluso si materialmente se hubiera adoptado dentro del ámbito competencial correspondiente.

En el presente caso, la SALA verificó que la ORDENANZA, que contiene la restricción horaria cuestionada, constituye el instrumento idóneo para que la MUNICIPALIDAD regule el funcionamiento de establecimientos comerciales. Asimismo, verificó que la ORDENANZA fue publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 12 de agosto de 2007. En virtud de ello, afirmó que la MUNICIPALIDAD cumplió con los presupuestos de la legalidad de forma.

Sobre esta base, coincidimos con la conclusión de la SALA, ya que la MUNICIPALIDAD respetó las exigencias de legalidad formal en la emisión de la ORDENANZA. En efecto, la medida restrictiva fue impuesta por la MUNICIPALIDAD a través de un instrumento normativo adecuado y siguiendo el procedimiento previsto en el ordenamiento jurídico.

5.1.3. Análisis de legalidad bajo el marco normativo vigente

Resulta relevante destacar que, en el marco del Decreto Legislativo N° 1256 (08/12/2016), el numeral 14.1 de su artículo 14 incorporó un nuevo elemento en el análisis de legalidad. Así, dicha disposición dispone que una barrera burocrática puede ser considerada ilegal no solo cuando incumple los requisitos de competencia y procedimiento, sino también cuando infringe normas y/o principios de simplificación administrativa o cualquier otra disposición legal aplicable.

Este criterio implica verificar si la barrera burocrática transgrede de manera manifiesta las disposiciones del ordenamiento jurídico desde una perspectiva material. Sin embargo, como advierte Tirado (2017), este análisis de legalidad resulta de alcance limitado o superfluo, toda vez que el juicio de razonabilidad también examina la compatibilidad sustantiva de la restricción con el ordenamiento jurídico en su conjunto (p. 28). De ahí que, en la jurisprudencia administrativa no es usual que se aborde dicho análisis, dado que no suele ser alegado por el denunciante, ni sacado a colación por los órganos del INDECOPI.

Al margen de ello, en el presente caso EL PURGATORIO alegó en su denuncia que la exigencia de una licencia especial para operar en horario extendido vulneraba los principios de simplificación administrativa. Ello debido a que el procedimiento para obtener la licencia especial requiere que previamente se haya obtenido una licencia regular, lo que implicaría un doble trámite para operar.

Por su parte, la CEB declaró improcedente la denuncia en el extremo que cuestiona la exigencia de tramitar una licencia especial. Desde su análisis, dicha exigencia no impedía que EL PURGATORIO acceda o permaneciera en el mercado, en tanto ya contaba con este tipo de licencia.

No compartimos la posición de la CEB respecto al extremo mencionado. En nuestra opinión, el análisis de legalidad y razonabilidad que debe aplicarse a una barrera burocrática es independiente a la posibilidad que tiene el administrado para cumplirla. Por ejemplo, el hecho de que el administrado haya obtenido una licencia de funcionamiento regulada mediante resolución municipal no desvirtúa su eventual carácter de barrera burocrática ilegal, ya que dicha regulación habría sido establecida con base en un instrumento normativo que no resulta idóneo conforme al marco jurídico aplicable.

Cabe señalar que la normativa aplicable ha sido modificada con el objetivo de restringir este tipo de pronunciamientos por parte de la CEB. Así, mediante Decreto Legislativo N° 1212 (24/09/2015), que modifica el artículo 26 BIS del Decreto Ley N° 25868, se incorporó un último párrafo en el que se precisa que el hecho de que el ciudadano cumpla con lo requerido en la barrera burocrática no constituye una causal para concluir el procedimiento administrativo de eliminación de dicha barrera:

Decreto Ley N° 25868

Artículo 26 BIS.- [...]

El hecho de que el ciudadano - que ha presentado una denuncia solicitando la declaración como barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad sobre un requisito exigido por una entidad de la Administración Pública - cumpla con lo requerido por la entidad pública cuestionada, ya sea durante la tramitación del procedimiento o luego de la conclusión del mismo con resolución favorable a sus intereses, no constituye una causal de conclusión del procedimiento administrativo ni que el administrado haya aceptado el carácter legal y/o racional de la misma, respectivamente.

La versión inicial del Decreto Legislativo N° 1256 (08/12/2016) no conservó una disposición que garantizara la continuidad del procedimiento administrativo en

casos de cumplimiento por parte del administrado. Esa omisión fue corregida mediante la modificación a dicha norma por la Ley N° 31755 (30/05/2023), que precisa los supuestos en los que se debe continuar con el trámite de la denuncia:

Artículo 27.- Improcedencia de la denuncia de parte

[...]

27.5. Las denuncias que recaigan sobre requisitos, exigencias, prohibiciones o cobros que hayan sido cumplidas por el administrado, antes de interponer la denuncia o durante el procedimiento administrativo, deberán tramitarse y resolverse siempre que configuren infracciones administrativas susceptibles de sanción, puedan encontrar solución a través de una medida correctiva y/o puedan exigirse en un futuro por la entidad. (el subrayado es propio)

Conforme a lo expuesto, si el caso se resolviera en la actualidad, correspondería emitir un pronunciamiento específico sobre la exigencia de tramitar una licencia especial. Para ello, no resulta necesario incorporar un nuevo análisis, puesto que dicha exigencia constituye una manifestación concreta de la restricción horaria y no configura una medida distinta e independiente. En ese sentido, corresponde analizar si el requerimiento de una licencia especial contraviene los principios de simplificación administrativa, particularmente por implicar una duplicidad de trámites para el funcionamiento de un mismo establecimiento comercial.

La simplificación administrativa, de acuerdo con el numeral 1.13 del artículo IV del Título Preliminar del TUO LPAG, garantiza que los procedimientos administrativos sean sencillos, sin complejidades innecesarias, de modo que sus exigencias sean razonables y proporcionales. En ese sentido, se configura una vulneración a este principio, cuando se exigen requisitos no establecidos en la normativa aplicable, se requieren documentos que ya posee la entidad o se exigen costos adicionales (Morón, 2023a, pp. 124-127).

En este contexto, resulta pertinente analizar si la existencia de dos procedimientos diferenciados para el funcionamiento de un establecimiento comercial vulnera los principios de simplificación administrativa. Por un lado, la licencia de funcionamiento regular habilita el acceso al mercado y puede otorgarse mediante aprobación automática o evaluación previa, dependiendo del nivel de riesgo asignado a la edificación por la municipalidad. Por otro lado, la denominada licencia especial exige una autorización previa sujeta a requisitos adicionales, distintos de los contemplados para la licencia regular. En esa medida, la unificación de ambos procedimientos podría generar contingencias regulatorias, en tanto no se trata de trámites equivalentes ni homogéneos en su naturaleza. Así, si se establece un único procedimiento para tramitar la licencia

especial, se corre el riesgo de denegar el acceso al mercado a administrados que sí cumplen con los requisitos de la licencia regular, pero no con los requisitos adicionales exigidos por la licencia especial, generando con ello una restricción indebida al ejercicio de la actividad económica.

En base a lo anterior, consideramos que, si el presente caso se resolviera bajo el marco normativo vigente, se determinaría que la exigencia de la licencia especial no contraviene los principios de la simplificación administrativa.

5.1.4. Análisis de revocación

5.1.4.1. Revocación indirecta de la licencia de funcionamiento

Los actos administrativos, como las licencias de funcionamiento, pueden ser objeto de revisión por parte de la Administración Pública. Esta revisión puede dar lugar a su revocación, total o parcial, y con efectos hacia el futuro cuando concurren razones de legalidad, oportunidad o conveniencia.

Al respecto, el artículo 214 del TUO LPAG reconoce tres supuestos específicos en los cuales procede la revocación de un acto administrativo válido:

- Cuando la facultad revocatoria haya sido expresamente establecida por una norma con rango legal y siempre que se cumplan los requisitos previstos en dicha norma.
- Cuando desaparezcan las condiciones legalmente exigidas para la emisión del acto administrativo, cuya permanencia resulte indispensable para la subsistencia de la relación jurídica creada.
- Cuando, a partir de elementos de juicio sobrevinientes, se genere una situación que favorezca legalmente a los destinatarios del acto, siempre que ello no cause perjuicio a terceros.

En este marco, la doctrina también reconoce el carácter excepcional de la revocación. Morón Urbina (2023b) señala que la revocación constituye una potestad legal que permite a la Administración dejar sin efecto, total o parcialmente, los efectos futuros de un acto administrativo válido, cuando sobreviene una nueva necesidad de interés público (p. 187). No obstante, para su validez, la revocación debe realizarse mediante un acto expreso, debidamente motivado y conforme al procedimiento previsto.

Por ello, las municipalidades cuentan con potestad para revocar licencias que han otorgado; por ejemplo, cuando se ha producido un cambio en la zonificación del área, alterando las condiciones que justificaron su otorgamiento. No obstante, esta revocación debe formalizarse a través de un nuevo acto administrativo expreso, respetando el procedimiento establecido en la normativa aplicable.

El ordenamiento jurídico prohíbe la revocación tácita o indirecta, es decir, aquella que elimina o modifica los fundamentos de un acto administrativo, de manera posterior, sin declararlo expresamente. Por ello, la sola modificación del marco normativo no implica una revocación o modificación de todas aquellas autorizaciones otorgadas con anterioridad.

En este sentido, la SALA (2010), a través del Precedente de Observancia Obligatoria contenido en la Resolución N° 1535-2010/SC1-INDECOPI, ha determinado que una revocación tácita se produce cuando una autoridad administrativa limita o suprime los efectos de un acto previo, como una licencia de funcionamiento, sin emitir un acto expreso de revocación, afectando los derechos del administrado (fj. 71). Por ejemplo, se configura una revocación tácita cuando se emite una ordenanza que prohíbe o restringe una actividad previamente autorizada mediante una licencia vigente.

En el caso concreto, EL PURGATORIO alegó en su denuncia que la restricción horaria impuesta por la ORDENANZA implicaba una revocación parcial de la licencia de funcionamiento inicialmente otorgada a Kamanu Producciones E.I.R.L., con fecha 20 de enero de 2005, la cual no contemplaba limitaciones horarias. En consecuencia, la restricción contenida en la ORDENANZA habría anulado de forma indirecta los efectos de dicha licencia, sin seguir el procedimiento formal de revocación.

Frente a ello, la CEB señaló en su resolución que la restricción no había revocado los derechos de EL PURGATORIO. En su argumentación sostuvo que las licencias del ESTABLECIMIENTO fueron emitidas cuando la ORDENANZA se encontraba vigente, por lo que la restricción horaria era aplicable desde su obtención. Sin embargo, la SALA, no se pronunció sobre este extremo en la RESOLUCIÓN. Con ello, el análisis sobre la revocación de derechos que pudo haber ocasionado la restricción no fue adecuadamente abordada.

Es importante destacar que, en un caso relevante, la propia CEB, mediante la Resolución N° 0013-2013/CEB-INDECOPI, declaró ilegal una restricción horaria impuesta mediante ordenanza, al considerar que esta implicaba una revocación

tácita a una licencia de funcionamiento previamente otorgada sin limitación de horario:

42. Así, a través de la Ordenanza 020-2011-MPH la Municipalidad recortó el horario de venta de bebidas alcohólicas al que se encontraba sujeto la denunciante al momento del otorgamiento de su licencia de funcionamiento. En dicho contexto, correspondía que la referida entidad siga el procedimiento de revocación establecido en los artículos 203 y 205 de la Ley 27444-Ley del Procedimiento Administrativo General.

43. No obstante, durante el procedimiento no se ha acreditado que la Municipalidad haya seguido a la denunciante un procedimiento de revocación de acuerdo con las pautas establecidas en los artículos 203 y 205 de la Ley 27444-Ley del Procedimiento Administrativo General, por lo que corresponde declarar que la limitación cuestionada constituye la imposición de una barrera burocrática ilegal. (2013, fj. 42-43)

En dicho caso, el administrado tampoco fue sometido a un procedimiento de revocación formal, por lo que se reconoció la existencia de una barrera burocrática ilegal, inaplicable en el caso concreto.

Para determinar si en el presente caso se produjo una revocación tácita a la licencia de funcionamiento originalmente otorgada, es indispensable analizar si dicha licencia mantenía sus efectos al momento de imponerse la restricción. Al respecto, el artículo 3 de la Ley N° 28976, Ley Marco de Licencia de Funcionamiento (5/02/2007), establece que las licencias se otorgan en favor de un titular respecto de un establecimiento determinado. En este caso, la licencia sin límite de horario fue emitida a nombre de Kamanu Producciones E.I.R.L. y, durante el periodo de vigencia de dicha normativa, no se preveía la posibilidad de transferir licencias de funcionamiento entre personas distintas.

En consecuencia, el cambio de titularidad del ESTABLECIMIENTO, con la consiguiente asunción por parte de EL PURGATORIO, generó la necesidad de tramitar nuevas licencias de funcionamiento. Estas fueron otorgadas bajo el marco normativo de la ORDENANZA, por lo que se encontraban sujetas a las restricciones horarias en ella previstas. De este modo, la licencia originalmente otorgada a Kamanu Producciones E.I.R.L. dejó de surtir efectos a partir del cambio de titularidad del ESTABLECIMIENTO y, por tanto, no puede alegarse válidamente una revocación tácita de la referida licencia.

Por lo expuesto, consideramos que la CEB se pronunció inadecuadamente sobre este extremo de la denuncia, toda vez que no consideró en su análisis si la licencia inicialmente otorgada a Kamanu Producciones E.I.R.L se podía trasladar

a EL PURGATORIO. Asimismo, reconocemos que la SALA incurrió en un error al no abordar dicho análisis en la RESOLUCIÓN. Sin perjuicio de ello, y atendiendo a los hechos del caso, somos de la opinión que no estamos ante un supuesto de revocación indirecta de la licencia de funcionamiento inicial del ESTABLECIMIENTO. Ello se debe a que el marco normativo bajo el cual se emitió dicha licencia no contemplaba la transferencia de licencias de funcionamiento entre distintos titulares; por lo que, resultaba necesaria la tramitación de nuevas licencias acordes al marco normativo establecido en la ORDENANZA.

5.1.4.2. Revocación ante transferencia de la titularidad del ESTABLECIMIENTO

Distinto hubiese sido el pronunciamiento de la CEB si no se hubiese producido una transferencia de la titularidad del ESTABLECIMIENTO. En la Resolución N° 3292-2010/SC1-INDECOPI, la SALA analizó un caso muy similar al de EL PURGATORIO, en cual la empresa GOP PRODUCCIONES E.I.R.L tenía una licencia de funcionamiento sin restricciones otorgada en el 2004, pero con la entrada en vigencia de la restricción horaria contenida en la ORDENANZA, la MUNICIPALIDAD empezó a sancionarla por operar más allá del horario permitido en la licencia especial. Al respecto, la SALA (2010) determinó que la restricción constituía una barrera burocrática ilegal por implicar una revocación a la licencia de funcionamiento obtenida bajo la normativa anterior (fj. 16).

Por lo expuesto, consideramos que, si no se hubiese realizado la transferencia de titularidad del ESTABLECIMIENTO a EL PURGATORIO, la CEB y la SALA hubiesen determinado que la exigencia del horario restringido constituye una barrera burocrática ilegal por implicar una revocación a la licencia de funcionamiento sin seguir el procedimiento establecido.

5.1.4.3. Revocación bajo el marco normativo vigente

A partir de la modificación introducida por el Decreto Legislativo N° 1271 (20/12/2016), se incorporó el artículo 11-A a la Ley Marco de Licencia de Funcionamiento, permitiendo la transferencia de licencias de funcionamiento entre personas naturales o jurídicas, siempre que no varíe el giro autorizado ni la zonificación.

En la misma línea, el marco normativo municipal vigente establecido en la Ordenanza N° 627-MM, que reglamenta el otorgamiento de las licencias de funcionamiento en el distrito de Miraflores, ha incorporado expresamente la posibilidad de transferir dichas licencias.

En efecto, el artículo 22 de la mencionada ordenanza establece que la licencia de funcionamiento puede ser transferida a otra persona natural o jurídica en caso de transferencia del negocio en marcha, siempre que se mantengan las condiciones de seguridad, los giros autorizados y la zonificación correspondiente. Este procedimiento se tramita bajo la modalidad de aprobación automática y se inicia con la presentación de la solicitud por parte del administrado.

En virtud de estas disposiciones, bajo la normativa vigente, la licencia sin restricciones con la que contaba el ESTABLECIMIENTO podría haberse mantenido vigente a favor de EL PURGATORIO, previo cumplimiento con el procedimiento de transferencia de titularidad.

De acuerdo con ello, si la MUNICIPALIDAD hubiese sancionado a EL PURGATORIO por incumplimiento del horario de funcionamiento, hubiese incurrido en la aplicación de una barrera burocrática ilegal, porque con dichas sanciones se le estarían revocando sus derechos contenidos en la licencia de funcionamiento sin límite de horario.

Por lo expuesto, en aplicación del marco normativo vigente, cabía la posibilidad de transferir válidamente a EL PURGATORIO la licencia de funcionamiento originalmente otorgada sin restricción horaria. En este contexto, la posterior exigencia de límites de horario —sin que medie un procedimiento formal de revocación— configuraría una barrera burocrática ilegal, en tanto constituiría una revocación tácita de dicha licencia.

5.2. Problema secundario 2: ¿La restricción impuesta supera el análisis de razonabilidad exigido por el ordenamiento jurídico?

5.2.1. Trato Discriminatorio

Una vez verificada la legalidad de la restricción impuesta a través de la ORDENANZA, y coincidiendo en este aspecto con lo señalado por la SALA, corresponde proceder con el análisis de razonabilidad de la medida, conforme a lo previsto en el marco normativo y en la jurisprudencia administrativa del INDECOPI.

Sobre el particular, es importante precisar que esta evaluación inicialmente fue denominada análisis de racionalidad en el Decreto Ley N° 25868. Posteriormente, mediante la modificación a dicha norma introducida por Ley N° 30056, se modificó la denominación a análisis de carencia de razonabilidad.

En esta línea, el PRECEDENTE establece que el análisis de racionalidad de una medida impuesta por una entidad pública debe abarcar dos componentes esenciales: (i) la proporcionalidad de la restricción en relación con los fines de interés público que persigue la administración, y (ii) la inexistencia de discriminación injustificada entre los agentes económicos afectados. Así, dicha resolución establece lo siguiente:

La racionalidad de dicha medida, lo que incluye evaluar si ésta se justifica en una función de interés público a cargo de la autoridad administrativa, así como determinar aquellos casos en que estas medidas sean desproporcionadas en relación a sus fines o establezcan discriminaciones injustificadas entre los agentes económicos que concurren en el mercado.

Esta evaluación busca determinar si la medida constituye un medio adecuado y necesario para alcanzar una finalidad legítima, y si el sacrificio impuesto a los derechos de los administrados se encuentra justificado y equilibrado en función del beneficio público esperado.

De este modo, el análisis de razonabilidad debe incluir la verificación del principio de igualdad y no discriminación. Como señala Caveró (2016), se configura un trato discriminatorio cuando una norma o medida administrativa impone condiciones diferenciadas a ciertos agentes económicos sin una justificación objetiva y razonable para ello (p. 41). Esta exigencia encuentra respaldo constitucional en el artículo 2, inciso 2, de La Constitución, el cual prohíbe expresamente cualquier forma de discriminación injustificada por cualquier motivo.

En el presente caso, EL PURGATORIO sostuvo que la restricción impuesta mediante la ORDENANZA resulta discriminatoria, en la medida en que impone límites al horario de funcionamiento de locales comerciales como bares, restaurantes o discotecas, mientras que se permite a otros establecimientos de entretenimiento, como casinos y salas de tragamonedas, operar las 24 horas del día. Esta alegación se sustenta en el hecho objetivo de que tanto EL PURGATORIO como los referidos establecimientos comparten una finalidad común de brindar servicios recreativos, por lo que no existiría una diferencia sustancial que justifique el tratamiento desigual en cuanto al régimen horario aplicable.

Resulta criticable que ni la CEB ni la SALA hayan abordado expresamente este extremo de la denuncia, a pesar de su relevancia para la determinación de la razonabilidad de la medida. Esta omisión resulta especialmente significativa si

se tiene en cuenta que, esta evaluación se encontraba en el PRECEDENTE y que el administrado la alegó en su denuncia.

Como parte de sus argumentos, EL PURGATORIO presentó indicios de que la medida no es razonable al comparar los horarios diferenciados con los casinos y tragamonedas. Frente a ello, la MUNICIPALIDAD no ofreció ninguna justificación técnica, normativa o fáctica que permita sustentar la distinción entre los horarios permitidos para casinos y salas de juego, frente a aquellos impuestos a bares o restaurantes. Esta falta de justificación refuerza la apariencia de arbitrariedad y desproporcionalidad en la medida.

En consecuencia, puede concluirse que la restricción horaria impuesta a EL PURGATORIO carece de una justificación razonable en términos de trato diferenciado injustificado frente a otros operadores económicos que desarrollan actividades similares.

Al respecto, es importante mencionar que el marco normativo actual del Decreto Legislativo N° 1256 no incluye el análisis de no discriminación como parte de los elementos que son evaluados en el artículo 15 referido al análisis de razonabilidad.

5.2.2. Análisis de razonabilidad

El principio de razonabilidad cuenta con reconocimiento constitucional expreso por parte del Tribunal Constitucional, conforme a lo señalado en la sentencia recaída en el Expediente N.º 579-2008-PA/TC. En dicha resolución se establece que toda actuación estatal que restrinja derechos fundamentales, como la libertad de empresa o la igualdad ante la ley, reconocidos en los artículos 59 y 2.2 de la CONSTITUCIÓN, respectivamente, debe superar un examen de proporcionalidad (2008, fj. 25).

La SALA realizó este análisis sobre la base de los criterios establecidos en el PRECEDENTE. Estos criterios se relacionan con los parámetros establecidos por el test de razonabilidad, de modo que, particularmente, comprende un análisis de idoneidad, proporcionalidad y evaluación de medida menos gravosa.

5.2.2.1. Análisis de Idoneidad

El análisis de idoneidad exige que la medida sea idónea para alcanzar un fin legítimo de interés público.

La MUNICIPALIDAD ha sostenido que la restricción horaria impuesta a través de la ORDENANZA tiene como finalidad preservar la tranquilidad pública, reducir la contaminación sonora y prevenir actos de violencia o inseguridad ciudadana. Dichos fines, en principio, se enmarcan en la competencia municipal reconocida por el artículo 195.6 de la CONSTITUCIÓN y el artículo 79 de la Ley Orgánica de Municipalidades (Ley N° 27972), referida a velar por la seguridad y tranquilidad de los vecinos.

Al respecto, el Tribunal Constitucional en el CASO DE CALLE DE LAS PIZZAS, ha establecido que las restricciones horarias al funcionamiento de locales, establecidas por las municipalidades, resulta una medida idónea para garantizar la tranquilidad vecinal, mas no corresponde su utilización para atender problemas como la seguridad ciudadana (2007, fj. 31)

En esa línea, coincidimos con la SALA en que la finalidad de garantizar la tranquilidad vecinal es un objetivo legítimo. Sin embargo, es necesario precisar que el problema se segmenta en dos: (i) ruidos molestos y (ii) actos de violencia o delincuencia.

En cuanto a los ruidos molestos, puede aceptarse que una restricción horaria podría incidir positivamente en su mitigación. Sin embargo, en lo relativo a los actos de violencia o delincuencia, la medida resulta no resulta idónea. Como lo señala la propia SALA, los problemas de inseguridad y violencia callejera requieren intervenciones estructurales de vigilancia y patrullaje por parte del serenazgo y la Policía Nacional del Perú, y no una simple limitación de horarios de funcionamiento.

De este modo, la restricción horaria sí cumple el requisito de idoneidad, en tanto atiende a la finalidad pública de garantizar la tranquilidad vecinal a través de la reducción de ruidos molestos.

5.2.2.2. Análisis de Proporcionalidad

El análisis de proporcionalidad exige ponderar si los beneficios que reporta la medida para el interés público justifican los sacrificios que impone sobre los derechos fundamentales de los administrados.

Al respecto, la SALA sostuvo que la MUNICIPALIDAD incumplió su deber de efectuar dicho análisis de manera previa a la imposición de la restricción. En efecto, la MUNICIPALIDAD no pudo acreditar haber realizado una evaluación seria y documentada de los efectos colaterales que produciría la medida. Además, no presentó evidencia de que se haya valorado, por ejemplo:

- El impacto económico negativo sobre los ingresos de los locales afectados.
- La pérdida de empleos asociados a la reducción de horario de operación.
- La afectación a la libre competencia en el mercado, beneficiando a ciertos tipos de negocios.

Por ello, coincidimos con la SALA en este extremo, puesto que la medida no tendría un sustento técnico o económico previo que permita determinar que efectivamente iban a ser mayores sus beneficios frente a las limitaciones que supondría para el administrado y el mercado. En ese sentido, resulta ser una barrera burocrática carente de razonabilidad por ser desproporcionada.

5.2.2.3. Análisis de opción menos gravosa

Para determinar si la restricción constituye la opción menos gravosa, se debe verificar si la medida es necesaria, es decir, si no existen otras alternativas menos lesivas para alcanzar el mismo objetivo.

Al respecto, la SALA sostuvo que la MUNICIPALIDAD no acreditó que para la imposición de la restricción horaria haya considerado o evaluado alguna medida menos restrictiva. Como se mencionó en el análisis anterior, la MUNICIPALIDAD no presentó documentación que sustente una evaluación previa de los efectos que tendría la medida, ni la comparó con otras alternativas. Esta es una de las principales deficiencias de la actuación municipal, dado que revelaría que la medida no tendría sustento técnico o fáctico que justifique su alcance en todo el distrito de Miraflores.

Sobre este extremo, es importante resaltar que el Tribunal Constitucional en el CASO DE CALLE DE LAS PIZZAS se ha pronunciado sobre las restricciones municipales a los horarios de funcionamiento por motivos de ruidos molestos. Así, cuando ha evaluado la razonabilidad de las restricciones de funcionamiento, ha partido de que estas se establecen en zonas determinadas (2007, fj. 34-35). Por ello, no resulta razonable que las restricciones se apliquen a todo un distrito, porque implicaría que el problema del ruido está presente en todo el territorio y que todos los establecimientos comerciales son responsables de ese problema. De ahí que, este tipo de restricciones debe operar sobre zonas focalizadas.

Por otro lado, consideramos que, en comparación con la medida dictada mediante la ORDENANZA, existían opciones menos gravosas y más proporcionales como:

- La fiscalización focalizada en zonas con altos problemas acústicos o reportes de quejas vecinales.
- La exigencia de condiciones técnicas de insonorización en los establecimientos.
- La diferenciación de horarios por zona, en función de la zonificación o giros de negocio.

Por lo expuesto, coincidimos con la SALA en que la MUNICIPALIDAD no acreditó que la restricción sea la medida menos gravosa, por lo que esta constituye una barrera burocrática carente de razonabilidad.

5.2.3. Análisis de la razonabilidad en el marco normativo inicial del Decreto Legislativo N° 1256

En la RESOLUCIÓN se aprecia que la SALA realiza el análisis de razonabilidad de la restricción sin detenerse previamente a analizar si se cumplieron las condiciones para efectuar válidamente dicho análisis. El PRECEDENTE establecía que el denunciante debe aportar medios probatorios que permitan identificar indicios razonables acerca de que la restricción es una barrera burocrática irracional. No obstante, durante el periodo en el que se resolvió el caso de EL PURGATORIO, la SALA no ahondó en el análisis de las condiciones previas al análisis de razonabilidad.

Con el nuevo marco normativo establecido por el Decreto Legislativo N° 1256 se incorporó una disposición que condicionaba el análisis de razonabilidad al cumplimiento de requisitos. En efecto, la primera versión del artículo 15 de dicha norma establecía que, para que se admita a trámite una denuncia basada en la carencia de razonabilidad de una barrera burocrática, el administrado debía presentar indicios suficientes que sustentaran dicha alegación.

Con ello, la carga probatoria se le trasladaba en gran medida al administrado. Esto resultaba contrario al fundamento de la eliminación de barreras burocráticas, en el que quien debe justificar la razonabilidad de la medida es la Administración Pública (Tirado, 2017, pp. 29-30).

Estos indicios son desarrollados por el numeral 16.1 del artículo 16 de la norma mencionada, en la que se especifica que estos deben sustentar que la barrera sea arbitraria o desproporcionada. Como consecuencia de ello, la estructura del análisis de razonabilidad se modifica.

Sobre la base del PRECEDENTE, el análisis de razonabilidad requería de una evaluación similar a la del test de proporcionalidad, en el que se determine la idoneidad, proporcionalidad y que la opción es la medida menos gravosa. En contraste con ello, con el nuevo marco normativo, el análisis de razonabilidad se modificó a dos evaluaciones: el análisis de arbitrariedad y el de razonabilidad.

Además, el numeral 16.2 del artículo 16 de la disposición estableció una lista no taxativa de argumentos que no se consideran indicios suficientes:

- Argumentos no referidos a la barrera burocrática cuestionada.
- Argumentos que tengan como finalidad cuestionar la pertinencia de una política pública.
- Argumentos que sean alegaciones o afirmaciones genéricas.
- Argumentos únicamente referidos a que la medida genera costos.

La incorporación de estas disposiciones ha generado que en múltiples pronunciamientos se restrinja la posibilidad de proceder con la evaluación de razonabilidad. Así, pese a que en el caso se cuenten con los medios suficientes para evaluar la razonabilidad de la barrera burocrática, las denuncias se declaran infundadas si el administrado no formula adecuadamente sus argumentos. Prueba de ello es que, bajo este argumento, entre el 2017 y 2023, se aprecia una tendencia de la SALA por revocar las resoluciones de la CEB que declaran barreras burocráticas carentes de razonabilidad.

Por ejemplo, en la Resolución N° 0268-2020/SEL-INDECOPI la SALA determinó que el administrado no presentó indicios suficientes que permitan proceder con el análisis de carencia de razonabilidad. En ese caso se evaluó la razonabilidad de una restricción horaria para locales comerciales en el distrito de Ventanilla.

En su denuncia, el administrado sostuvo que la restricción no resultaba idónea para garantizar la seguridad vecinal, que se aplicaba indebidamente a todo el distrito sin que se haya efectuado un estudio que la fundamente, y que los órganos del INDECOPI se habían pronunciado en el pasado declarando barreras burocráticas carentes de razonabilidad restricciones de esta naturaleza.

Sin embargo, la SALA determinó que los argumentos de la denuncia no estaban dirigidos a acreditar la carencia de razonabilidad de la restricción para el establecimiento, sino que eran genéricos para todos los locales de ese tipo. Además, indicó que la imposición de este tipo de restricciones en todo el distrito no implicaba carencia de razonabilidad, puesto que el funcionamiento de locales comerciales puede afectar al distrito de manera generalizada por la movilización de personas y de vehículos (2020, fj. 54-56).

Por lo expuesto, se determina que, si el caso de EL PURGATORIO se hubiese resuelto bajo dicho marco normativo, es probable que la denuncia hubiese sido declarada improcedente. Esto se debe a que, los argumentos presentados por EL PURGATORIO son similares a los presentados en el caso expuesto a modo de ejemplo. Asimismo, durante dicho periodo los órganos del INDECOPI cuestionaban que la sola imposición de una restricción horaria en todo el distrito implicase que esta carecía de razonabilidad, argumento principal de los pronunciamientos de la CEB y la SALA en el presente caso.

5.2.4. Análisis de la razonabilidad en el marco normativo vigente del Decreto Legislativo N° 1256

El requisito de los indicios suficientes para el análisis de razonabilidad demostró ser perjudicial. Prueba de ello es que hasta el 13 de setiembre de 2021 la SALA emitió 560 resoluciones, de las cuales solo 38 contienen un análisis de razonabilidad. Ello evidenció que este requisito constituía un estándar demasiado alto para los denunciantes. Del mismo modo, a causa de ello, se redujo el número de denuncias fundadas, mientras que aumentaron los números de denuncias infundadas e improcedentes:

Resultado	2015	2019	Diferencia	% Variación
Fundadas	307	189	-118	-38.44%
Infundadas	15	68	+53	+353.33%
Improcedentes	47	92	+45	+95.74%

Fuente: exposición de motivos de la Ley N° 31755.

Al respecto, Tirado (2017) critica que la norma destinada a combatir la existencia de obstáculos al ejercicio de derechos de los ciudadanos cuenta con una regla que le exija al administrado demostrar de forma exhaustiva que la restricción carece de razonabilidad. Desde su perspectiva, ello no resulta coherente con la

naturaleza de este procedimiento que tiene por finalidad la protección del interés general (pp. 29-30).

Con dichos resultados se aprecia que el requisito de indicios razonables resultaba una complejidad para la tramitación de este tipo de procedimientos. Más aún cuando se considera que, por este criterio se han desestimado denuncias que, bajo el marco normativo previo, hubieran procedido.

A partir de la información expuesta, mediante la Ley N° 31755 se flexibilizó el estándar probatorio requerido en la etapa inicial del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas, sustituyéndose el requisito de presentar “indicios suficientes” por el de presentar únicamente “indicios”. En ese sentido, basta que el administrado aporte medios probatorios idóneos que permitan sustentar que la barrera impuesta carece de razonabilidad.

La aplicación de este nuevo estándar se aprecia en la Resolución N° 0723-2023/SEL-INDECOPI. En ese caso se analizó la restricción horaria a locales comerciales en todo el distrito de Lince. El denunciante indicó que la municipalidad no cumplió con acreditar que la restricción se encuentre justificada por un interés público ni que esta resulte idónea para dar solución al problema de la tranquilidad; y que al aplicarse en todo el distrito no resulta razonable.

Frente a estos argumentos, la SALA determinó que el administrado cumplió con presentar indicios de carencia de razonabilidad (2023, fj. 36-38). Ello le permitió determinar que la barrera burocrática carecía de razonabilidad y que correspondía su inaplicación.

Sobre esta base, si el presente caso se resolviera bajo el marco normativo vigente, EL PURGATORIO cumpliría con el requisito de presentar indicios sobre la carencia de razonabilidad de la restricción, toda vez que en su denuncia sostiene que la MUNICIPALIDAD no ha justificado la necesidad de un horario especial ni ha cumplido con sustentar el motivo por el cual corresponde su aplicación en todo el distrito.

Una vez comprobado ello, se procedería con el análisis de razonabilidad, para comprobar si la restricción es arbitraria o desproporcionada.

El análisis de arbitrariedad, de acuerdo con el literal a) del numeral 18.1 del artículo 18 del Decreto Legislativo N° 1256, requiere la verificación de los siguientes elementos:

- Que la medida se sustente en el interés público, dentro de las competencias de la entidad.
- Que el problema identificado se pretenda solucionar con la medida cuestionada.
- Que la medida cuestionada sea idónea para solucionar el problema y/o para alcanzar su objetivo.

En el presente caso, la MUNICIPALIDAD sostiene que la restricción garantiza el interés público a través de la tranquilidad vecinal. Esto se sustenta en que las actividades comerciales generan ruidos molestos en horas de la madrugada, lo que impediría el descanso de los vecinos. No obstante, no se ha acreditado la existencia de que ese problema esté extendido en todo el distrito, ni que sea ocasionado de modo directo por la actividad comercial de EL PURGATORIO, así como de otros establecimientos comerciales del mismo giro.

Por lo expuesto, no se ha acreditado que exista un problema y que este, a su vez, sea solucionado con la restricción horaria generalizada. Por lo tanto, la medida constituye una barrera burocrática arbitraria.

Por otro lado, el análisis de proporcionalidad, de acuerdo con el literal b) del numeral 18.1 del artículo 18 del Decreto Legislativo N° 1256, requiere la verificación de los siguientes elementos:

- Una evaluación integral de los beneficios y/o impactos positivos que la medida generaría, así como de los costos y/o efectos negativos que podría implicar para los agentes económicos obligados, terceros afectados y la competencia en el mercado.
- La verificación de que la medida genera beneficios que superan los costos identificados, evidenciando su proporcionalidad en sentido estricto.
- La constatación de que no existen alternativas regulatorias menos onerosas o que resulten igualmente eficaces para alcanzar el objetivo perseguido, incluyendo la posibilidad de optar por no emitir regulación alguna.

En el presente caso, tal y como resalta la SALA, no se ha acreditado que la MUNICIPALIDAD efectúe una evaluación de costos y beneficios que generaría la imposición de restricción cuestionada. De ahí que, no se pueda determinar que la restricción genera mayores beneficios ni que haya otras medidas menos

costosas o más efectivas. Por lo tanto, la medida también constituye una barrera burocrática desproporcionada.

6. ¿Cuáles son los efectos jurídicos derivados de la declaratoria de una barrera burocrática carente de razonabilidad respecto al administrado?

6.1. Problema secundario 3: ¿Qué efectos genera la declaratoria de una barrera burocrática carente de razonabilidad respecto de la situación jurídica del administrado?

Los efectos de la declaratoria de barrera burocrática han evolucionado significativamente en el ordenamiento jurídico peruano. A continuación, se detallan las principales etapas normativas vinculadas a esta institución, precisando sus consecuencias jurídicas y su aplicación práctica al caso concreto de EL PURGATORIO.

6.1.1. Efectos de la declaración de la barrera burocrática con el Decreto Ley N° 25688

En su redacción original del 18 de abril de 1996, el artículo 26 BIS del Decreto Ley N° 25868 establecía que la Comisión de Acceso al Mercado del INDECOPI tenía la potestad de eliminar barreras burocráticas ilegales o carentes de razonabilidad. A partir de esta disposición, tanto la Comisión como la SALA contaron con facultades para ordenar la inaplicación de la medida cuestionada en el caso concreto. Es decir, sus declaratorias producían efectos vinculantes respecto del administrado denunciante y del procedimiento específico.

Por ejemplo, en la Resolución N° 213-97-TDC, se declaró fundada la denuncia interpuesta contra la Municipalidad Distrital de Surquillo por la imposición del cobro de parqueo vehicular, disponiendo su inaplicación para la empresa denunciante.

Del mismo modo, en la Resolución N° 0325-1998-TDC, la Comisión declaró fundada la denuncia de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas contra la Asamblea Nacional de Rectores, por la prohibición de ampliar sus facultades, y ordenó la inaplicación de dicha prohibición en ese caso concreto:

Estas decisiones reflejan la competencia de la Comisión para determinar, en sede administrativa, la ilegitimidad o irrazonabilidad de una medida y disponer su inaplicación de manera directa, sin necesidad de recurrir a otras entidades o procedimientos judiciales.

6.1.2. Efectos de la declaración de barrera burocrática con la promulgación de la LPAG

Sin embargo, este panorama cambió con la promulgación de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, "LPAG"), el 11 de abril de 2001. En su artículo 48, la LPAG estableció límites a la competencia del INDECOPI cuando la barrera cuestionada estuviera contenida en normas de carácter general expedidas por determinadas entidades.

De este modo, la disposición señalaba que, si la barrera burocrática se encontraba en un decreto supremo, resolución ministerial u ordenanza municipal, la Comisión debía elevar un informe a la Presidencia del Consejo de Ministros, al Concejo Municipal o al Consejo Regional, según el caso. Estas entidades serían las competentes para decidir la eliminación o modificación de la medida dentro de un plazo de treinta (30) días hábiles.

Este esquema implicó una significativa restricción a las facultades de la Comisión, ya que su decisión no tenía efectos directos sobre la norma cuestionada. En la práctica, su resolución quedaba supeditada a la voluntad de la entidad emisora de la norma. Además, si esta no actuaba en el plazo previsto, el administrado podía recurrir a procesos judiciales, como la acción de cumplimiento o la acción popular, con la finalidad de obtener la inaplicación o anulación de la barrera.

6.1.3. Efectos de la declaración de barrera burocrática con las modificaciones de la Ley N° 28032

Posteriormente, con la promulgación de la Ley N° 28032, el 19 de julio de 2003, se modificó tanto el artículo 26 BIS del Decreto Legislativo N° 25868 como el artículo 48 de la LPAG, para precisar que los informes dirigidos a la PCM, concejos municipales o regionales debían ser presentados por la Comisión. Con ello, se extendió este procedimiento a las normas de alcance regional general.

Estas disposiciones mantuvieron la restricción ya existente, enfatizando en que el INDECOPI no tenía competencia para inaplicar normas de sobre determinados sectores administrativos, que sus facultades quedaron reducidas solo a recomendar su eliminación mediante informes.

Un ejemplo ilustrativo de este período es la Resolución N° 0164-2005/CAM-INDECOPI, donde la Comisión declaró que la exigencia de requisitos adicionales para licencias provisionales por parte de la Municipalidad Distrital de Comas constituía una barrera burocrática ilegal. Sin embargo, en cumplimiento del

entonces vigente artículo 48 de la LPAG, no pudo inaplicar directamente la medida, sino que elevó el informe al Concejo Municipal, para que dicha instancia resuelva en el plazo de 30 días.

Ante estos supuestos era el Consejo de Ministros, el Concejo Municipal o el Consejo Regional, según corresponda, quienes debían evaluar la eliminación de la barrera (Chueca, 2005, p. 173). De modo que, si la entidad no emitía un pronunciamiento en el plazo establecido, se considera la denuncia como fundada. Asimismo, si continúa aplicando la barrera, el interesado puede recurrir a la acción de cumplimiento.

En caso la entidad evaluadora rechazara la solicitud de eliminar la barrera, el INDECOPI podía interponer una demanda de acción popular ante el Poder Judicial, para conseguir la eliminación de la barrera. Del mismo modo, se habilitaba a la Comisión de Acceso al Mercado para que traslade los actuados del caso a la Defensoría del Pueblo, de modo que esta inicie la acción de inconstitucional, a fin de que se determine la inaplicación general de la barrera.

6.1.4. Efectos de la declaración de barrera burocrática con las modificaciones de la Ley N° 28996

Este régimen limitado permaneció vigente hasta la publicación de la Ley N° 28996, el 4 de abril de 2007. Dicha norma modificó las disposiciones de la LPAG y el Decreto Ley N° y restableció plenamente la competencia del INDECOPI para inaplicar barreras burocráticas ilegales o irrazonables, incluso cuando estas provinieran de normas de carácter general, sin necesidad de requerir la anuencia de otra entidad.

La Comisión de Acceso al Mercado recobró así su facultad de inaplicación de la barrera en el caso concreto, independientemente del sector regulatorio. No obstante, esta inaplicación seguía siendo limitada al caso concreto. Para que la disposición fuera derogada o modificada de manera general, se requería que la entidad emisora efectuara ello.

En los Lineamientos de la Comisión de Acceso al Mercado sobre Simplificación Administrativa, aprobados por Resolución N° 0274-2007-CAM-INDECOPI del 6 de febrero de 2008, se precisa que el INDECOPI puede notificar la resolución correspondiente a la entidad emisora para que evalúe la modificación o derogación de la norma, pero no puede imponer dicha reforma de manera general.

Además, se aclaró que, si el procedimiento fue iniciado de oficio y la barrera estaba contenida en una norma municipal o regional de alcance general, el INDECOPI podría remitir los actuados a la Defensoría del Pueblo para que, en caso corresponda, interponga una demanda de inconstitucionalidad. Asimismo, en los procedimientos iniciados de oficio, también quedó habilitado para presentar acciones populares contra decretos supremos que contengan barreras burocráticas.

6.1.5. Aplicación al caso de EL PURGATORIO

El caso de EL PURGATORIO se desarrolló entre los años 2009 y 2010, es decir, cuando ya se encontraba vigente el régimen introducido por la Ley N° 28996. En consecuencia, tanto la CEB como la SALA contaban con la competencia plena para pronunciarse sobre la razonabilidad de la restricción horaria impuesta por la MUNICIPALIDAD y declarar su inaplicación en el caso concreto.

Cabe resaltar que, si el procedimiento hubiese tenido lugar durante el período comprendido entre 2001 y 2007, la situación habría sido diferente. En ese intervalo, la Comisión no tenía competencia para inaplicar directamente normas generales de carácter municipal, por lo que su decisión hubiese estado sujeta a la evaluación del Concejo Municipal. Así, la eliminación de la barrera habría dependido de la voluntad política de dicha autoridad, lo cual implica un gran riesgo para el administrado afectado.

En cambio, bajo la normativa vigente al momento del caso, la Comisión sí podía pronunciarse con efectos vinculantes respecto del administrado denunciante, disponiendo la inaplicación de la restricción horaria contenida en la ordenanza municipal.

6.1.6. Efectos de la declaración de barrera burocrática con las modificaciones del Decreto Legislativo N° 1272

La modificación a la LPAG a través del Decreto Legislativo N° 1272, del 21 de diciembre de 2016, incluyó un cambio en su artículo 48, de modo que este pasó a regular de manera general el rol de la PCM en el Sistema de Modernización de Gestión Pública y su modelo de cooperación con el INDECOPI. En ese sentido, se retiran las referencias a que el INDECOPI debe efectuar recursos como la demanda de acción popular o impulsar la demanda de inconstitucionalidad.

6.1.7. Efectos de la declaración de barrera burocrática con el Decreto Legislativo N° 1256

El Decreto Legislativo N° 1256, que aprueba el marco para la eliminación de barreras burocráticas, introdujo una reforma en el sistema peruano de control regulatorio. Se facultó a la CEB y a la SALA a declarar la inaplicación de disposiciones administrativas ilegales o carentes de razonabilidad. Esta potestad, tradicionalmente estaba vinculada a declarar la inaplicación con efectos concretos, limitándose al administrado denunciante. No obstante, con esta nueva norma se amplía la facultad para admitir la inaplicación con efectos generales, es decir, que la declaración beneficie a todos los administrados afectados por la medida.

El artículo 8.1 del Decreto Legislativo en su versión original permitía que, tanto en procedimientos de parte como de oficio, se pueda ordenar la inaplicación con efectos generales cuando se trate de una barrera ilegal. Sin embargo, esta previsión fue posteriormente ajustada mediante la Ley N° 31755, del 30 de mayo de 2023, que introduce como excepción que los efectos generales no proceden cuando la declaración de ilegalidad implique una revocación indirecta de una licencia de funcionamiento, preservando así la estabilidad de derechos adquiridos bajo licencias vigentes.

Al respecto, si EL PURGATORIO se hubiese resuelto bajo la primera versión del artículo 8.1, de haber subsistido la licencia original (por no haberse transferido el local comercial), se hubiese podido afirmar que la restricción horaria restringía al administrado sus derechos adquiridos previamente reconocidos. En ese sentido, es probable que la Comisión hubiera evaluado que la medida constituía una revocación indirecta de la licencia. En ese escenario, hubiera procedido una declaración de ilegalidad con efectos generales. Sin embargo, bajo la norma modificada, dicha posibilidad queda exceptuada, quedando solo como opción la inaplicación en el caso concreto.

Adicionalmente, el artículo 9 dispone en su primera versión que la declaración de barrera burocrática carente de razonabilidad en procedimientos de oficio no implica su inaplicación, solo el deber de publicación de la resolución en el Diario Oficial "El Peruano". Posteriormente, con la modificación a través de la Ley N° 31755, del 30 de mayo de 2023, se precisó que, ante este supuesto, la CEB o la SALA disponen, además, la inaplicación de la barrera burocrática con efectos generales.

Por otro lado, el artículo 10 establece que en los procedimientos iniciados a pedido de parte, tanto la CEB como la SALA pueden declarar la ilegalidad o carencia de razonabilidad de una barrera, lo que conlleva su inaplicación concreta respecto al denunciante.

En consecuencia, bajo el régimen vigente, el alcance de la inaplicación de una barrera burocrática depende principalmente de dos factores: (i) la naturaleza del procedimiento (si fue iniciado de oficio o a pedido de parte), y (ii) el tipo de declaración emitida (ilegalidad o carencia de razonabilidad), A ello se le suma la excepción de la revocación indirecta, que permite inaplicar al caso concreto una medida ilegal.

Por consiguiente, la resolución del caso a la luz del marco normativo actual mantendría sus efectos de ser una declaratoria de inaplicación en el caso concreto, dado que es un procedimiento iniciado de parte, en el que la barrera es declarada carente de razonabilidad.

Al respecto es importante mencionar que, ni la CEB ni la SALA, al momento de declarar la inaplicación de una barrera burocrática otorgan un título habilitante al administrado para que realice la actividad que se restringía a través de la barrera burocrática, sino que, en realidad implica que no se le exija el cumplimiento de la medida respecto a un administrado o a todos los que se ven afectados por la misma. Sobre este aspecto, se debe comprender que no es facultad del INDECOPI eliminar directamente la barrera, pues ello es competencia únicamente de la entidad que emite la disposición (Ochoa, 2014, p. 46).

6.2. Problema secundario 4: ¿La SALA puede establecer medidas correctivas en favor del administrado, como consecuencia de la declaratoria de la barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad?

El INDECOPI cuenta con potestad para poder adoptar medidas correctivas en el marco de los procedimientos administrativos que lleva a cabo. Así, desde su creación a través del Decreto Ley N° 25868 se le reconoció esta facultad a las Comisiones, así como a las Salas.

Las medidas correctivas son manifestaciones de poder de la Administración Pública, en ejercicio de su potestad policial para imponer conductas en los administrados (Morón, 2023b, p. 370). Estas medidas buscan reparar los efectos causados por una actuación ilícita, como ante la comisión de infracciones administrativas, o la imposición de barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad. De este modo, la Administración Pública puede actuar de manera célere y eficaz en sus resoluciones, para que, además de imponer una sanción monetaria, se le obligue al administrado a adecuar su comportamiento conforme al ordenamiento jurídico para restablecer la legalidad.

En el caso de los procedimientos de eliminación de barreras burocráticas, mientras se mantuvo vigente el artículo 26 BIS del Decreto Ley N° 25868 no era

una práctica de los órganos del INDECOPI dictar medidas correctivas en sus resoluciones. Esto se debe a que, como se explicó previamente, estos órganos contaban con facultad para inaplicar la medida en determinados casos, y en otros, podían comunicarlo a la entidad responsable para que tome medidas al respecto.

Por lo expuesto, la SALA no determinó la imposición de una medida correctiva en favor de EL PURGATORIO, pese a que había declarado la existencia de una barrera burocrática carente de razonabilidad, y que era notoria la afectación que había sufrido el administrado producto de las multas y clausuras que se impusieron en el marco de procedimientos administrativos sancionadores llevados a cabo por la MUNICIPALIDAD en aplicación de la disposición declarada como barrera.

Por esta diferencia de competencias es que, inclusive, en la RESOLUCIÓN, la SALA enfatiza en que su decisión se emite sin perjuicio de las facultades de la MUNICIPALIDAD para sancionar a los establecimientos que incurran en infracciones administrativas.

De ese modo, la declaratoria de barrera burocrática no tuvo efecto alguno en las multas y pérdidas que había padecido EL PURGATORIO. Sin perjuicio de ello, EL PURGATORIO pudo reclamar una devolución de los pagos efectuados, así como de las pérdidas a raíz de la clausura, pero ello tendría que solicitarlo directamente a la MUNICIPALIDAD o, en su defecto, en la vía civil ante el Poder Judicial.

Por otro lado, al haberse declarado la inaplicación de la barrera, la MUNICIPALIDAD ya no debería exigirle el cumplimiento del horario ni sancionarlo por dicho motivo, bajo responsabilidad administrativa del funcionario frente al órgano de control de su entidad. Cabe mencionar que, con la modificación de la Ley N° 30056 (02/06/2013) al artículo 26 BIS del Decreto Ley N° 25868 se facultó a la Comisión a imponer sanciones al funcionario no solo cuando aplica una barrera burocrática ilegal, sino cuando efectúa ello respecto a una carente de razonabilidad.

6.2.1. Aplicación de medidas correctivas bajo el marco normativo vigente

El Decreto Legislativo N° 1256 incorpora disposiciones sobre la aplicación de medidas correctivas en el marco de procedimientos de eliminación de barreras burocráticas. Los artículos 43 y 44 de la norma establecen que la CEB o la SALA pueden ordenar o conceder dos tipos de medidas correctivas:

- La devolución, en un plazo máximo de quince (15) días hábiles contados desde la fecha en que quede consentida la resolución respectiva, de los derechos de tramitación cobrados por la entidad, cuando dichos cobros hayan sido declarados barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad.
- La obligación de la entidad denunciada de informar a los ciudadanos, dentro del plazo de cinco (5) días hábiles luego de agotada la vía administrativa, sobre la existencia de la barrera burocrática declarada ilegal y/o carente de razonabilidad. Para ello, podrá emplearse cualquier medio físico o virtual que se encuentre disponible para los administrados, ya sea en el área correspondiente del trámite o a través del portal institucional de la entidad.

Como se aprecia, la lista de medidas correctivas que se pueden imponer en estos procedimientos es taxativa, es decir, no se posibilita a que se ordene una medida distinta.

A partir de ello, es costumbre que en las resoluciones que declaran la existencia de una barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad se ordene la segunda medida correctiva, sobre la comunicación a los administrados⁶.

De este modo, si bien se han establecido medidas correctivas que pueden emitirse en el marco de estos procedimientos, estas son limitadas y no están orientadas a restablecer el perjuicio que ha sufrido el administrado como consecuencia de la barrera, salvo el caso de que el derecho de trámite sea declarado barrera. Es así como, su finalidad es de difusión, a fin de que los demás administrados tomen conocimiento de la decisión o denuncien la aplicación de la barrera si se les aplica indebidamente.

Por lo expuesto, si el caso de EL PURGATORIO fuese resuelto bajo el marco normativo vigente, correspondería que a través de una medida correctiva se le obligue a la MUNICIPALIDAD a difundir la decisión hacia los administrados.

7. Conclusiones

- La restricción horaria impuesta mediante la Ordenanza N° 263-MM cumple con las exigencias de legalidad formal, toda vez que fue emitida por la Municipalidad de Miraflores en ejercicio de su competencia normativa, a través del instrumento normativo previsto, la ordenanza

⁶ Ver Resolución N° 0723-2023/SEL-INDECOPI y Resolución N° 0365-2022/SEL-INDECOPI.

municipal, y siguiendo el procedimiento establecido por el marco legal. En particular, se verificó que dicha ordenanza fue publicada en el Diario Oficial “El Peruano”, en cumplimiento de los requisitos previstos en los artículos 40 y 44 de la Ley Orgánica de Municipalidades.

- Ampliando el análisis de legalidad, de acuerdo con el marco normativo vigente, realizando un análisis sobre la vulneración al principio de simplificación administrativa, se verifica que no resulta adecuado unificar los procedimientos de obtención de licencia de funcionamiento regular y especial. Al ser procedimientos con distintas finalidades y que contienen requisitos y evaluaciones diferentes, ello podría restringir el acceso al mercado de administrados que sí cumplen con las condiciones para obtener la licencia regular.
- Respecto al posible carácter revocatorio de la Ordenanza N° 263-MM, se concluye que no se configuró una revocación tácita ilegal de una licencia de funcionamiento previamente otorgada. Aunque la licencia original, emitida en 2005 a favor de Kamanu Producciones E.I.R.L., no contenía restricciones horarias, esta perdió vigencia al haberse producido un cambio de titularidad del establecimiento. En el periodo en cuestión, la normativa vigente no contemplaba la posibilidad de transferir licencias entre personas distintas. Por tanto, la obtención de una nueva licencia por parte de EL PURGATORIO, bajo el régimen de la Ordenanza N° 263-MM, implicó el sometimiento legítimo a las restricciones horarias entonces vigentes. En consecuencia, no existió una afectación retroactiva de derechos adquiridos ni una omisión del procedimiento de revocación formal exigido por la ley. La restricción no alteró los efectos de una licencia aún vigente, sino que aplicó válidamente a nuevas licencias tramitadas conforme al marco legal aplicable. En consecuencia, no se configura una barrera burocrática por revocación indirecta.
- El criterio adoptado para admitir la denuncia fue excesivamente restrictivo, al desestimar el análisis sobre si la exigencia de la licencia especial constituía una barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad, bajo el argumento de que dicho examen no era pertinente por haberse cumplido ya la obligación. No obstante, de forma acertada, la regulación posterior corrigió esta deficiencia al reconocer que el hecho de que el administrado haya cumplido con una medida no impide calificarla como una barrera burocrática, ya que su sola existencia puede afectar los derechos fundamentales de acceso y permanencia en el mercado.
- La restricción horaria no supera el test de razonabilidad exigido por el ordenamiento jurídico. Así, si bien persigue fines legítimos como la tranquilidad vecinal, su aplicación resulta desproporcionada e injustificada, dado que implica un trato discriminatorio, así como un incumplimiento al requisito de necesidad, porque no se evaluaron otras

opciones. Asimismo, de acuerdo con los nuevos requisitos de la evaluación, la medida resulta una barrera burocrática arbitraria y desproporcionada, dado que no atiende un problema determinado ni se basa en un análisis de costo-beneficio, respectivamente.

- Los cambios introducidos en la regulación, como la exigencia de contar con indicios suficientes para proceder con el análisis de razonabilidad, generaron consecuencias contraproducentes para el control efectivo de barreras burocráticas. De hecho, puede advertirse que, de haberse aplicado dicho marco normativo al caso analizado, la denuncia probablemente habría sido declarada infundada. Esta situación pone en evidencia la necesidad de que los requisitos exigidos para evaluar la legalidad y razonabilidad de las barreras burocráticas sean los estrictamente indispensables, a fin de no colocar al administrado en una posición de desventaja frente a la Administración ni debilitar los mecanismos de protección del acceso y permanencia en el mercado.
- La evolución normativa ha modificado sustancialmente el alcance de los efectos de la declaración de una barrera burocrática por parte de los órganos del INDECOPI, oscilando entre regímenes con plena capacidad de inaplicación en sede administrativa (como el actual) y otros más limitados, donde se requería la intervención de otras autoridades, como el Concejo Municipal.
- La declaración de una barrera burocrática carente de razonabilidad por parte de Indecopi genera efectos jurídicos relevantes, pero delimitados. Bajo el régimen vigente al momento de los hechos (Ley N° 28996), la Comisión tenía competencia para declarar la inaplicación de la restricción horaria con efectos vinculantes para el denunciante, sin necesidad de validación por parte del Concejo Municipal. Sin embargo, esta declaratoria no conlleva la eliminación automática de la disposición normativa cuestionada, ni otorga por sí sola un título habilitante para el desarrollo de la actividad restringida. Lo que genera es la inaplicación concreta de la barrera respecto del administrado afectado, eximiéndolo del cumplimiento de la medida irracional.
- La aplicación de medidas correctivas en este régimen resulta particular. La CEB y la SALA cuentan con competencia para establecer medidas correctivas, no obstante, a diferencia de otras entidades de la administración pública, estas no están orientadas a reparar el daño que sufre. Así, solo en determinado caso suponen la devolución de derechos de trámite, y generalmente se usan con una finalidad de difusión.

BIBLIOGRAFÍA

- Andrade Arriaga, D. A. N., Lucchetti Rodríguez, A., & Delgado Silva, Ángel. (2008). Barreras Burocráticas y Autonomía Municipal. *Revista De Derecho Administrativo*, (4), 365-375.
- Cavero Safra, E. (2016). ¿Piedra en el zapato o piedra de molino? Algunas reflexiones sobre la eliminación de barreras burocráticas. *Revista de Actualidad Mercantil*, (4), pp. 40-48.
- Chueca Romero, J. E. (2005). La Comisión de Acceso al Mercado del Indecopi y su contribución al desarrollo económico mediante la eliminación de barreras burocráticas. *Derecho & Sociedad*, (24), 171-175.
- Comisión de Acceso al Mercado (2005). Resolución N° 0164-2005/CAM-INDECOPI. Expediente N° 000087-2005/CAM.
- Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (2013). Resolución N° 0013-2013/CEB-INDECOPI. Expediente N° 178-2012/CEB.
- Lindley-Russo, A. (2019). Vigencia de la metodología de análisis de casos aplicada en materia de eliminación de barreras burocráticas (Redefiniendo los alcances del Precedente de Observancia Obligatoria sancionado por Resolución 182-97-TDC, a la luz de la Ley 27444). *Advocatus*, (028), 467-486.
- Morón Urbina, J. (2023a). Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Tomo I. *Gaceta Jurídica*.
- Morón Urbina, J. (2023b). Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Tomo II. *Gaceta Jurídica*.
- Ochoa Mendoza, F. (2014). Fundamentos del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, vol 10 (19).
- Tribunal de Defensa de la Competencia (1997). Resolución N° 213-97-TDC, Expediente N° 020-CAM-96.
- Tribunal de Defensa de la Competencia (1998). Resolución N° 0325-1998-TDC, Expediente N° 000011-1998-CAM.
- Tribunal de Defensa de la Competencia (2010). Resolución N° 1535-2010/SC1-INDECOPI, Expediente N° 00037-2009/CEB.

Tribunal de Defensa de la Competencia (2010). Resolución N° 3292-2010/SC1-INDECOPI, Expediente N° 000013-2010/CEB.

Tribunal de Defensa de la Competencia (2020). Resolución N° 0268-2020/SC1-INDECOPI, Expediente N° 000277-2019/CEB.

Tribunal de Defensa de la Competencia (2023). Resolución N° 0723-2023/SEL-INDECOPI, Expediente N° 000730-2022/CEB.

Tirado Barrera, J. (2017). Eliminación de barreras burocráticas: análisis del Decreto Legislativo N° 1256, que aprueba la Ley de prevención y eliminación de barreras burocráticas. Gaceta Jurídica.

Tribunal Constitucional del Perú (2006). Expediente N° 4671-2004-PA/TC. Sentencia del 22 de mayo de 2006.

Tribunal Constitucional del Perú (2007). Expediente N° 007-2006-PI/TC. Sentencia del 22 de junio de 2007.

Tribunal Constitucional del Perú (2008). Expediente N° 579-2008-PA/TC. Sentencia del 21 de agosto de 2008.

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE ELIMINACIÓN DE BARRERAS
BUROCRÁTICAS
DENUNCIANTE : EL PURGATORIO S.A.C.
DENUNCIADA : MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MIRAFLORES
MATERIA : BARRERAS BUROCRÁTICAS
AUSENCIA DE RAZONABILIDAD
ACTIVIDAD : ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

SUMILLA: se **CONFIRMA** la Resolución 0190-2009/CEB-INDECOPI del 15 de octubre de 2009, que declaró que la restricción de horarios contenida en la Ordenanza 263-MM de la Municipalidad Distrital de Miraflores constituye una barrera burocrática irrazonable, debido a que limita no solo una zona específica de generación de ruidos molestos por aglomeración de locales de diversión, sino la totalidad del distrito.

Se **PRECISA** que el presente pronunciamiento es emitido sin perjuicio de las facultades de la autoridad municipal para sancionar, incluso con la clausura definitiva, a los establecimientos que ocasionen problemas de seguridad, orden, tranquilidad, salud y otros en el distrito, de conformidad con la Ordenanza Ley 27972 –Ley Orgánica de Municipalidades.

Lima, 28 de abril de 2010

ANTECEDENTES

1. Por escrito del 24 de julio de 2009, complementado con los escritos del 11 y 19 de agosto del mismo año, El Purgatorio S.A.C. (en adelante, El Purgatorio) denunció a la Municipalidad Distrital de Miraflores (en lo sucesivo, la Municipalidad) por la presunta imposición de una barrera burocrática ilegal y carente de razonabilidad materializada en la restricción de horario de funcionamiento contenida en el artículo 83 de la Ordenanza 263-MM. Sobre el particular, El Purgatorio señaló lo siguiente:
 - (i) que mediante Resolución 0321-2009-SC-GAC/MM del 3 de febrero de 2009, la Municipalidad le otorgó una licencia de funcionamiento para desarrollar el servicio de cafetería con venta de licor por copas;
 - (ii) que por Resolución 584-2009-SC-GAC/MM del 23 de febrero de 2009 se le otorgó una autorización especial para ampliar su horario de funcionamiento, la cual se sujetaba a los límites establecidos en el artículo 83 de la Ordenanza 263-MM, de acuerdo con los cuales podía operar los domingos a jueves hasta las 01:00 horas del día siguiente; y los viernes, sábados y vísperas de feriados hasta las 03:00 horas del día siguiente; y,

- (iii) la referida restricción horaria era irrazonable pues se imponía de manera general en todo el distrito, siendo que debía focalizarse en aquellas zonas específicas en las cuales se detecte ruido que afecte la tranquilidad de los vecinos, tal como lo ha considerado en anteriores pronunciamientos el Tribunal Constitucional y el Indecopi. Asimismo, señaló que en caso la problemática a combatir sea de seguridad, existen otros mecanismos menos gravosos que la Municipalidad puede adoptar dentro de sus funciones de supervisión, fiscalización y zonificación.
2. El 3 de septiembre de 2009, la Municipalidad formuló sus descargos a la denuncia interpuesta por El Purgatorio en los siguientes términos:
- (i) la Ordenanza 263-MM que regula el otorgamiento de licencias de funcionamiento fue diseñada tomando en cuenta la necesidad de lograr un equilibrio entre la promoción empresarial y la protección de los vecinos, siguiendo el mismo patrón establecido por otros distritos de Lima tales como Barranco, San Miguel y Santiago de Surco; y,
- (ii) la disposición cuestionada fue emitida en respuesta a las peleas callejeras y desorden público que se propician por la proliferación de locales del giro mencionado, así como para mitigar la problemática derivada de un entorno acústico inadecuado que afecta la tranquilidad pública. El propio Tribunal Constitucional habría validado, en la Sentencia correspondiente al Expediente 08747-2006-PA/TC, la posibilidad de establecer restricciones de horarios de funcionamiento como una intervención idónea y leve para salvaguardar incluso la seguridad de los vecinos frente a establecimientos que por su actividad puedan generar alguna perturbación.
3. Mediante Resolución 0190-2009/CEB-INDECOPI del 15 de octubre de 2009, la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (en adelante, la Comisión) declaró fundada la denuncia formulada contra la Municipalidad por la imposición de una barrera burocrática irrazonable consistente en haber impuesto una restricción horaria de manera generalizada en todo el distrito y no solo sobre las zonas en las que se hubieran identificado problemas a la tranquilidad pública. En ese sentido, dispuso la inaplicación de la barrera burocrática al caso concreto de la denunciante, en observancia de lo dispuesto por el artículo 48 de la Ley 27444 –Ley del Procedimiento Administrativo General.
4. El 23 de octubre de 2009, la Municipalidad interpuso recurso de apelación contra la Resolución 0190-2009/CEB-INDECOPI, reiterando los argumentos expuestos en sus descargos y alegando que el local comercial de la denunciante generaba escándalos que perturbaban la seguridad de los

vecinos, lo cual se desprendía de una comunicación cursada a la Municipalidad por la Junta de Propietarios del “Edificio Sur”.

5. Por escrito del 15 de enero de 2010, la Municipalidad solicitó que se le conceda el uso de la palabra, a fin de sustentar oralmente su defensa.
6. El 28 de abril de 2010 se llevó a cabo la audiencia de informe oral solicitada con asistencia del representante de la Municipalidad, quien reiteró sus argumentos.

ANÁLISIS

Metodología de análisis del caso

7. Tanto la Comisión como esta Sala, en segunda instancia, están en la obligación de evaluar aquellos casos en los que las disposiciones y medidas emanadas de las diferentes entidades que conforman la administración pública, incluidos los gobiernos locales, establezcan barreras burocráticas que impidan u obstaculicen el libre acceso y la permanencia de los agentes económicos en el mercado, para lo cual deberán analizar lo siguiente:
 - (i) la legalidad de la medida cuestionada, con la finalidad de determinar si ésta ha respetado las formalidades y procedimientos establecidos por las normas aplicables al caso concreto y, asimismo, si encuadra dentro de las atribuciones y competencias conferidas a la autoridad correspondiente; y, en caso de haber pasado satisfactoriamente este análisis, se procederá a determinar; y,
 - (ii) la razonabilidad de dicha medida, lo que incluye evaluar si ésta se justifica en una función de interés público a cargo de la autoridad administrativa, así como determinar aquellos casos en que estas medidas sean desproporcionadas en relación a sus fines y si finalmente las opciones adoptadas por la autoridad eran las menos gravosas para los agentes económicos que concurren en el mercado.
8. La Sala encuentra conveniente declarar que se encuentra a favor de las acciones municipales dirigidas al mejoramiento de las condiciones de convivencia de los vecinos en cuestiones de salud, orden y seguridad. Sin embargo, esta instancia debe garantizar que las medidas empleadas para ello sean legales y razonables, ya que de lo contrario podría legitimarse medidas arbitrarias que perjudican innecesariamente los derechos de los agentes económicos.

¹ Cfr., precedente de observancia obligatoria aprobado mediante Resolución 182-97-TDC publicado el 20 de agosto de 1997.

9. En ese sentido, y en atención a los parámetros expuesto en el punto 7 que antecede, se pasará a evaluar a continuación si la restricción de horario de funcionamiento dispuesta por el artículo 83 de la Ordenanza 263-MM² constituye una barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad.

Análisis de legalidad: la legalidad de fondo

10. El numeral 3.6.4 del artículo 79 de la Ley 27972 –Ley Orgánica de Municipalidades– dispone como función específica y exclusiva de las municipalidades distritales la de normar, regular y otorgar autorizaciones, derechos y licencias, y realizar la fiscalización de apertura de establecimientos comerciales, industriales y de actividades profesionales de acuerdo con la zonificación. A su vez, el numeral 3.6. del artículo 83 del mismo marco normativo, establece como función específica y exclusiva de las municipalidades distritales la de otorgar licencias para la apertura de establecimientos comerciales, industriales y profesionales.³
11. Así, la competencia municipal para normar y regular el funcionamiento de los establecimientos comerciales, industriales y de actividades profesionales, está reconocida expresamente en el ordenamiento jurídico nacional y, en virtud de ello, las municipalidades distritales pueden dictar disposiciones relacionadas al funcionamiento de los establecimientos con la finalidad de garantizar que no afecten la seguridad, la salud o la tranquilidad del vecindario, como es el caso de las disposiciones que regulan el horario de funcionamiento de los establecimientos.
12. Ello ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional en la sentencia del 22 de junio de 2007 emitida en el expediente 007-2006-AI, sobre el caso de la restricción de horarios en la denominada “Calle de las Pizzas”, frente a un cuestionamiento a la competencia municipal para regular horarios de

² **ORDENANZA 263-MM, Artículo 83.- Horario Especial.-** Queda establecido como horario especial de funcionamiento y atención al público en los establecimientos comerciales que cuenten con licencia de funcionamiento:

a) Para el desarrollo del giro de restaurantes y afines con o sin venta de licor como complemento de comidas:
- De domingos a jueves: Desde las 23:00 horas hasta las 01:00 horas del día siguiente.
- Viernes, sábados y vísperas de feriado: Desde las 23:00 horas hasta las 03:00 horas del día siguiente.

³ **LEY 27972, 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.- Las municipalidades, en materia de abastecimiento y comercialización de productos y servicios, ejercen las siguientes funciones:

(...)

3. Funciones específicas exclusivas de las municipalidades distritales:

(...)

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

funcionamiento, se refirió también al numeral 3.6.4 del artículo 79 de la Ley 27972 y 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 de apertura de un establecimiento comercial, sino también las normas que regulan algunos aspectos que, según el caso, puedan estar relacionados con la apertura de establecimientos comerciales.

Ello no significa que tal regulación pueda ser arbitraria o se halle desprovista de límites materiales; por el contrario, como toda norma, ella deberá ser plenamente compatible con el conjunto de derechos fundamentales y principios de la Constitución; sin embargo, el examen de si tal compatibilidad es satisfecha o no por una Ordenanza Municipal concierne al examen de contenido o eventual vicio material, que debe ser claramente distinguido del vicio competencial aquí analizado.” (subrayado agregado)

Análisis de legalidad: legalidad de forma

13. El artículo 40 de la Ley 27972 establece que las ordenanzas son las normas de carácter general por medio de las cuales se regula las materias en las que las municipalidades tienen competencia normativa⁵. Asimismo, el artículo 44 de la misma ley dispone que las ordenanzas se publican en el diario oficial “El Peruano” en caso de las municipalidades distritales y provinciales del departamento de Lima y la provincia constitucional del Callao⁶.
14. En el presente caso, la restricción horaria cuestionada ha sido establecida a través de la Ordenanza 263-MM⁷, la cual constituye en la forma un instrumento legal idóneo publicado en el diario oficial “El Peruano” el 12 de agosto de 2007, es decir, de acuerdo con los artículos 40 y 44 de la Ley 27972.

⁴ Sentencia del 22 de junio de 2007, emitida en el expediente 007-2006-AI.

⁵ **LEY 27972, Artículo 40.- Ordenanzas.**- Las ordenanzas de las municipalidades provinciales y distritales, en la materia de su competencia, son las normas de carácter general de mayor jerarquía en la estructura normativa municipal, por medio de las cuales se aprueba la organización interna, la regulación, administración y supervisión de los servicios públicos y las materias en las que la municipalidad tiene competencia normativa.
(...)

⁶ **LEY 27972, Artículo 44.- Publicidad de las Normas Municipales.**- Las ordenanzas, los decretos de alcaldía y los acuerdos sobre remuneración del alcalde y dietas de los regidores deben ser publicados:
1. En el Diario Oficial El Peruano en el caso de las municipalidades distritales y provinciales del departamento de Lima y la Provincia Constitucional del Callao.
(...)

⁷ Ordenanza que aprueba el Reglamento para Otorgamiento de la Licencia de Funcionamiento en el distrito de Miraflores.

15. Por tales motivos, corresponde declarar que la restricción de horarios cuestionada no constituye una barrera burocrática ilegal. Así, habiéndose superado el análisis de legalidad, corresponde proseguir con el análisis de razonabilidad, de acuerdo con la metodología establecida por el precedente de observancia obligatoria aprobado mediante Resolución 182-97-TDC.

Análisis de razonabilidad

16. La metodología establecida por la Resolución 182-97-TDC para evaluar la razonabilidad de las exigencias impuestas por las autoridades sigue los parámetros del test de razonabilidad utilizado por distintos tribunales en el mundo⁸, incluyendo al Tribunal Constitucional peruano⁹.
17. Esta metodología exige a la administración acreditar que el proceso mediante el cual adoptó la regulación cuestionada respetó los siguientes parámetros:
- (i) que la restricción se encuentra justificada por el interés público y es idónea para solucionar el problema que lo afecta;
 - (ii) 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, y,
 - (iii) que, en términos generales, la restricción es la menos gravosa para los administrados en relación con otras opciones existentes.
18. A continuación se analiza la restricción impuesta por la Municipalidad siguiendo esta metodología.
- (i) Interés público e idoneidad
19. El interés público supone verificar si es que la finalidad de la regulación cuestionada busca satisfacer algún interés que es importante tutelar por cuanto genera un beneficio para los vecinos de la comuna municipal de Miraflores.
20. Esta Sala considera relevante precisar que es una realidad la circunstancia que experimenta el distrito de Miraflores, el cual alberga una gran cantidad de establecimientos de diversión, siendo de público conocimiento la gran afluencia de personas que se produce en algunas zonas de dicho distrito especialmente los fines de semana. Esta situación genera un impacto sobre aspectos tales como la tranquilidad y el orden público, por lo que toda aquella

⁸ STONE SWEET, Alec y MATHEWS, Jud. "Proportionality Balancing and Global Constitutionalism". En: Columbia Journal of Transnational Law, Vol.47, 2008.

⁹ Vid., las sentencias de los expedientes 0016-2002/AI, 008-2003/AI, 045-2004/AI o 048-2004/AI.

regulación destinada a solucionar esta eventual problemática cumple con tener un objeto enfocado hacia la satisfacción de las necesidades de los vecinos.

21. En relación con la idoneidad, la Municipalidad ha alegado en su apelación que la restricción horaria establecida en la Ordenanza 263-MM busca reducir el índice de violencia callejera que se produce en el distrito de Miraflores, así como evitar la perturbación de la tranquilidad y el entorno acústico que suele producirse con mayor frecuencia en establecimientos del giro de la denunciante, tales como centros comerciales, bares o discotecas. En ese sentido, la Municipalidad ha señalado que el Tribunal Constitucional habría validado, en la Sentencia correspondiente al Expediente 08747-2006-PA/TC, la posibilidad de establecer restricciones de horarios de funcionamiento como una intervención idónea para salvaguardar la tranquilidad de los vecinos frente a establecimientos que por su actividad puedan generar alguna perturbación.
22. Sobre el particular, cabe precisar que la sentencia invocada por la Municipalidad refleja un criterio jurisprudencial que ya no corresponde al actualmente acogido por el supremo intérprete de la Constitución. En efecto, la sentencia correspondiente al Expediente 08747-2006-PA/TC fue expedida el 3 de noviembre de 2006 por la Segunda Sala del Tribunal Constitucional, siendo que con posterioridad a ello, el 22 de junio de 2007, el Pleno Jurisdiccional conformado por los siete magistrados del Tribunal Constitucional, emitió la Sentencia correspondiente al Expediente 007-2006-PI/TC, el denominado caso de "Calle de las Pizzas".
23. A diferencia de lo sostenido inicialmente en el Expediente 08747-2006-PA/TC, el Tribunal Constitucional ha señalado que la restricción de horarios de funcionamiento por parte de las municipalidades distritales constituye una medida idónea para resolver problemas de tranquilidad ocasionados por la generación de ruidos molestos, pero no para resolver problemas de seguridad o de comisión de delitos en sus jurisdicciones. 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.

(subrayado es agregado)

24. Como puede apreciarse, la actual línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional considera, a diferencia de lo invocado por la denunciada, que la restricción de horarios de funcionamiento no debe aplicarse para resolver problemas de seguridad, sino que para ello las Municipalidades pueden: i) implementar un adecuado servicio de la Policía Nacional y de Serenazgo; e incluso, ii) establecer como deber de los establecimientos garantizar la seguridad de la zona en que se encuentran ubicados, resultante de los servicios que brindan.
25. Por ello, aún cuando la Municipalidad haya adjuntando una carta cursada por la Junta de Propietarios del “Edificio Sur”, en la cual éstos señalan que el local comercial de El Purgatorio provoca conflictos en la vía pública que afectan su seguridad, cabe reiterar que dicha problemática no puede ser solucionada vía la imposición de una restricción de horarios de funcionamiento aplicable para todo el distrito sin distinción. Por el contrario, debe ser solucionada a través de cualquiera de las vías idóneas indicadas en la sentencia constitucional de “Calle de las Pizzas”; siendo relevante precisar, a su vez, que los municipios conservan frente a esta problemática todas las facultades fiscalizadoras y sancionadoras necesarias para corregir las conductas ilegales de las cuales sean responsables los establecimientos comerciales.
26. En conclusión, y siguiendo un criterio reiterado de este colegiado¹⁰, la restricción de horarios cuestionada por El Purgatorio, aun cuando no es idónea para resolver problemas de seguridad y violencia callejeros, sí lo es para mitigar problemas de tranquilidad que afecten el entorno acústico, por lo que no constituye una barrera burocrática irrazonable por falta de idoneidad y se debe proseguir con el análisis en este aspecto.

¹⁰ Véase: Resolución 0119-2009/SC1-INDECOPI del 24 de marzo de 2009, procedimiento seguido por Gothic Entertainment S.A. contra la Municipalidad Distrital de Miraflores; Resolución 0502-2010/SC1-INDECOPI del 23 de febrero de 2010, correspondiente al procedimiento seguido por la señora Jesús María del Pilar Montenegro Levy contra la Municipalidad Distrital de Barranco.

(ii) Proporcionalidad

27. Para satisfacer el segundo paso de la metodología de análisis de la razonabilidad de la medida adoptada, la Municipalidad debe demostrar que la restricción es proporcional a los fines que quiere alcanzar. Es decir, que los beneficios obtenidos por la restricción son mayores que los costos impuestos por ella.
28. En este punto es importante señalar que la administración es quien tiene la carga de probar que su medida es proporcional. La administración no puede argumentar que tomó una decisión informada para la que consideró todos los aspectos relevantes (es decir, una decisión razonable) si no demuestra que evaluó los costos y beneficios derivados de la implementación de tal medida. Lo contrario sería aceptar que la administración puede tomar decisiones arbitrarias, es decir, de manera desinformada y sin importar si su costo social es mayor que los beneficios para la sociedad.
29. Por ello, considerando que la administración dicta medidas regulatorias solo después de haber valorado los aspectos relevantes que conllevan las mismas, resulta necesario que sea dicha autoridad la encargada de acreditar la proporcionalidad de su medida y no el administrado, a quien le sería muy difícil obtener esa información.
30. En el presente caso, sin embargo, la Municipalidad no ha acreditado haber evaluado los costos y beneficios que generaría la medida para el entorno acústico y la tranquilidad públicas. Por ejemplo, cuáles van a ser las pérdidas económicas de los locales, cuántos puestos de trabajo se perderían, entre otros, comparados con el beneficio esperado de la medida.
31. Por tales motivos, corresponde declarar que la restricción de horarios cuestionada constituye una barrera burocrática irrazonable por falta de proporcionalidad.

(iii) Opción menos gravosa

32. Finalmente, el análisis de razonabilidad de las barreras burocráticas impuestas implica evaluar que las medidas adoptadas por las autoridades sean las opciones menos gravosas para los agentes económicos que concurren en el mercado.
33. De acuerdo con los lineamientos desarrollados en el precedente de observancia obligatoria aprobado mediante Resolución 182-97-TDC, la autoridad denunciada tiene la carga de probar que la exigencia cuestionada es la menos gravosa para los interesados, en relación con las demás opciones existentes para lograr la tutela del interés público invocado.

34. Sin embargo, de la documentación presentada por la Municipalidad no ha quedado acreditado que dicha entidad haya considerado otras alternativas para lograr la tranquilidad del vecindario, de manera que le permita escoger la opción menos costosa para los agentes económicos.
35. La Municipalidad pudo haber evaluado la restricción de horarios solo en determinadas zonas del distrito, previa comprobación de la existencia de un real problema de contaminación acústica que lo amerite, tal como ha señalado el Tribunal Constitucional y esta Sala en anteriores oportunidades.
36. Así por ejemplo, en la referida sentencia expedida en el expediente 007-2006-AI, el pleno del Tribunal Constitucional habilitó a las Municipalidades para que cuando detecten zonas específicas generadoras de ruidos molestos, restrinjan los horarios de funcionamiento en dichas zonas. Así, no sería razonable una restricción de horarios generalizada a todo un distrito porque ello supondría: i) que la totalidad del distrito se encuentre aquejado por un problema de ruidos molestos y, ii) que todos los establecimientos se encuentran generando dicho problema con ocasión de la realización de sus actividades económicas.
37. Sobre el primer supuesto señalado, lo que podría suceder –al igual que en el caso “Calle de las Pizzas”– es que existan puntos de aglomeración de establecimientos de diversión, para lo cual resulta válida una restricción de horarios establecida específicamente para esa calle pero no para todo el distrito.
38. Fuera de dichos puntos de aglomeración, se trataría de problemas aislados de ruidos molestos que no justificarían una restricción general de horarios, sino más bien el ejercicio de las potestades municipales contenidas en la Ley 27972 para sancionar incluso con la clausura definitiva a los establecimientos que ocasionen problemas contra la seguridad, orden, tranquilidad, salud y otros en el distrito.
39. Sobre el segundo supuesto, resulta evidente que no todos los establecimientos comerciales de un distrito necesariamente se encuentran generando ruidos molestos en contra del orden público y que es necesario que la Municipalidad ejerza más bien sus potestades de fiscalización y sanción para determinar con precisión los establecimientos que ocasionen el problema.
40. Por tanto, no está acreditado que la restricción de horarios cuestionada sea la opción menos gravosa para los agentes económicos a fin de solucionar el problema de tranquilidad y seguridad pública que alega existir en el distrito de Miraflores.

41. Sin perjuicio de lo anterior, la Sala quiere dejar sentado que reconoce la importancia de resolver los problemas de ruidos molestos que existen en la ciudad de Lima y la significativa labor que las municipalidades desempeñan. Sin embargo, la Sala tiene que garantizar que las medidas adoptadas para resolver este problema sean idóneas y se ajusten a los límites que establece la ley para garantizar los derechos de los administrados.
42. Asimismo, esta Sala considera importante declarar que Indecopi no ampara el ejercicio abusivo del derecho y que sus pronunciamientos de ningún modo implican que los locales de diversión se encuentren exentos de responsabilidad por las conductas que como resultado de su funcionamiento puedan atentar contra la seguridad, tranquilidad, orden, salud y otros derechos constitucionalmente protegidos de los vecinos del distrito.
43. Por ello, se precisa que la presente resolución es emitida sin perjuicio de las facultades de la Municipalidad para sancionar incluso con la clausura definitiva a cualquier establecimiento –incluido el del denunciante–, en la medida que ocasione problemas de seguridad, orden, tranquilidad, salud y otros en el distrito, de conformidad con la Ley 27972.

RESUELVE

PRIMERO: confirmar la Resolución 0190-2009/CEB-INDECOPI del 15 de octubre de 2009, que declaró que la restricción de horarios contenida en la Ordenanza 263-MM de la Municipalidad Distrital de Miraflores constituye una barrera burocrática irrazonable y dispuso su inaplicación a El Purgatorio S.A.C., de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 27444 –Ley del Procedimiento Administrativo General.

SEGUNDO: precisar que la presente resolución es emitida sin perjuicio de las facultades de la Municipalidad Distrital de Miraflores para sancionar, incluso con la clausura definitiva, a los establecimientos que ocasionen problemas de seguridad, orden, tranquilidad, salud y otros en el distrito, de conformidad con la Ley 27972 – Ley Orgánica de Municipalidades.

Con la intervención de los señores vocales Juan Luis Avendaño Valdez, Héctor Tapia Cano, Raúl Francisco Andrade Ciudad, Juan Ángel Candela Gómez de la Torre y Alfredo Ferrero Diez Canseco.

JUAN LUIS AVENDAÑO VALDEZ
Presidente