



FACULTAD DE DERECHO

**INFORME JURÍDICO DE EXPEDIENTE
ADMINISTRATIVO N° 0046-2016/CEB**

**PRESENTADO POR
ANTONIO ABEL PINEDA ABREGÚ**

**TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL
PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

**LIMA – PERÚ
2021**



CC BY-NC-SA

Reconocimiento – No comercial – Compartir igual

El autor permite transformar (traducir, adaptar o compilar) a partir de esta obra con fines no comerciales, siempre y cuando se reconozca la autoría y las nuevas creaciones estén bajo una licencia con los mismos términos.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>



USMP
UNIVERSIDAD DE
SAN MARTÍN DE PORRES

FACULTAD DE
DERECHO

**Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el
Título de Abogado
Informe Jurídico sobre Expediente N° 0046-2016/CEB**

MATERIA : **BARRERAS BUROCRÁTICAS**

ENTIDAD PÚBLICA : **INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE
LA COMPETENCIA Y DE LA
PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD
INTELECTUAL (INDECOPI)**

DENUNCIANTE : **INVERSIONES VIRAMAR S.A.C.**

DENUNCIADA : **MUNICIPALIDAD METROPOLITANA DE
LIMA**

TERCERO ADMINISTRADO : **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE
MIRAFLORES**

BACHILLER : **ANTONIO ABEL PINEDA ABREGÚ**

CÓDIGO DE ESTUDIANTE : **2012127960**

LIMA – PERÚ

2021

En el presente informe jurídico se analiza el procedimiento administrativo en materia de barreras burocráticas, con fecha 05 de febrero de 2016, Inversiones Viramar S.A.C., interpuso denuncia ante la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante Indecopi), contra la Municipalidad Distrital de Miraflores y la Municipalidad Metropolitana de Lima, por la supuesta imposición de barreras burocráticas ilegales e irracionales, contenidas en las Ordenanzas N° 920-MML y N° 1012-MML. Estas Ordenanzas, argumentó, estarían estableciendo una prohibición injustificada para el desarrollo de la actividad económica de restaurante. La Secretaría Técnica de la Comisión admitió a trámite la denuncia, sin embargo, declaró improcedente el extremo de la denuncia dirigida contra la Municipalidad Distrital de Miraflores en calidad de denunciada, pero, en aplicación del artículo 60° de la Ley N° 27444, la consideró legitimada para participar como tercero administrado. Con fecha 27 de abril de 2016, la Municipalidad Distrital de Miraflores, se apersona al procedimiento formulando sus descargos y, con fecha 28 de abril de 2016, la Municipalidad Metropolitana de Lima se apersona, formulando los suyos. Mediante Resolución N° 0368-2016/CEB-INDECOPI del 22 de julio de 2016, la Comisión (por mayoría) declaró improcedente la denuncia presentada al considerar que la Ordenanza N° 920-MML no constituye en barrera burocrática ilegal y/o irracional y que lo solicitado respecto de la Ordenanza N° 1012-MML excede el ámbito de las competencias del Indecopi. Con fecha 20 de septiembre de 2016, Inversiones Viramar S.A.C. interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 0368-2016/CEB-INDECOPI. Mediante Resolución N° 723-2017/SDC-INDECOPI, de fecha 22 de diciembre de 2017, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia confirma en parte la Resolución de N° 0368-2016/CEB-INDECOPI en el extremo que declara que la Ordenanza N° 920-MML no constituye en barrera burocrática ilegal y/o irracional, sin embargo, decide Revocar el extremo referido a la Ordenanza N° 1012-MML, al considerarla como una barrera burocrática carente de razonabilidad, debido a que la parte denunciada no cumplió con acreditar ni la idoneidad ni la proporcionalidad de la barrera burocrática.

ÍNDICE

| | |
|---|-----------|
| I. RELACIÓN DE LOS HECHOS PRINCIPALES EXPUESTOS POR LAS PARTES INTERVINIENTES EN EL PROCESO O PROCEDIMIENTO..... | 2 |
| II. IDENTIFICACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS DEL EXPEDIENTE | 7 |
| III. POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE LAS RESOLUCIONES EMITIDAS Y LOS PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS | 13 |
| IV. CONCLUSIONES | 22 |
| V. BIBLIOGRAFÍA..... | 23 |
| VI. ANEXOS..... | 24 |
| RESOLUCIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA | |

I. RELACIÓN DE LOS HECHOS PRINCIPALES EXPUESTOS POR LAS PARTES INTERVINIENTES EN EL PROCESO O PROCEDIMIENTO

Con fecha 5 de febrero de 2016, Inversiones Viramar S.A.C. (en adelante la denunciante o Viramar) interpone denuncia contra la Municipalidad Distrital de Miraflores (en adelante la Municipalidad) y la Municipalidad Metropolitana de Lima (en adelante la MML), al amparo del artículo 26-BIS del Decreto Ley 25868 - Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI¹, del artículo 2 de la Ley N° 28996 – Ley de eliminación de sobrecostos, trabas y restricciones a la inversión privada², del artículo 48 de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General (Modificado por la Ley N° 28996)³ y del artículo 23 del Decreto Legislativo 1033⁴; por la supuesta imposición de barreras burocráticas ilegales e irracionales.

La denunciante es propietaria del inmueble ubicado en la calle Santa Isabel N° 376, distrito de Miraflores, donde se ubica el restaurante “Central”. Alega que dicho inmueble se encontraría en una situación precaria debido a que la Municipalidad estaría estableciendo una prohibición injustificada para el desarrollo de la actividad económica de restaurante. Dicha prohibición se estaría materializando en los siguientes dispositivos legales:

- **Ordenanza N° 920-MML, Ordenanza que aprueba el reajuste integral de la zonificación de los usos del suelo del Distrito de Miraflores conformante del área de tratamiento normativo III de Lima Metropolitana;** aprobándose en el artículo 1º de la misma el plano de Zonificación de los Usos del Suelo del Distrito de Miraflores, donde se calificó a los lotes ubicados en calle Santa Isabel con zonificación Residencial Densidad Media (RDM).

¹ Decreto Ley N° 25868, modificado por el Decreto Legislativo N° 1212 (vigente al momento de la admisión a trámite de la denuncia).

Artículo 26º BIS.- La Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas es competente para conocer sobre los actos y disposiciones, así como respecto a cualquier otra modalidad de actuación de las entidades de la Administración Pública, incluso del ámbito municipal o regional, que impongan barreras burocráticas que impidan u obstaculicen ilegal o irrazonablemente el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado, en especial de las pequeñas empresas, y de velar por el cumplimiento de las disposiciones sobre la materia establecidas en los Decretos Legislativos N° 283, 668, 757 y el Artículo 61 del Decreto Legislativo N° 776, 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.

(...)

² Ley N° 28996, artículo 2º.- **Definición de barreras burocráticas**

Constituyen barreras burocráticas los actos y disposiciones de las entidades de la Administración Pública que establecen exigencias, requisitos, prohibiciones y/o cobros para la realización de actividades económicas, que afectan los principios y normas de simplificación administrativa contenidos en la Ley N° 27444 y que limitan la competitividad empresarial en el mercado.

³ Ley N° 27444, artículo 48º.- **Cumplimiento de las normas del presente capítulo (Modificado por el artículo 3º de la Ley N° 28996)**

(...)

Cuando en un asunto de competencia de la Comisión de Acceso al Mercado, la barrera burocrática haya sido establecida por un decreto supremo, una resolución ministerial o una norma municipal o regional de carácter general, dicha Comisión se pronunciará, mediante resolución, disponiendo su inaplicación al caso concreto. La resolución de la Comisión podrá ser impugnada ante la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI.

(...)

⁴ Decreto Legislativo N° 1033. Artículo 23.- **De la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas.-**

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

- **Ordenanza N° 1012-MML, Ordenanza que aprueba el índice de Usos para la Ubicación de actividades urbanas del Distrito de Miraflores**; teniendo que en el anexo de la misma se ha establecido que el giro de “restaurante” (identificado con Código CIUU H.55.2.0.03) tiene uso no conforme en zonas calificadas como RDM, permitiéndose únicamente en áreas calificadas como Comercio Vecinal (CV), Comercio Zonal (CZ) y Comercio Metropolitano (CM).

La denunciante señala que ninguna de las anteriores ordenanzas establece justificación alguna de porqué se habría excluido la actividad comercial de restaurante en la zona, sin embargo permitiría otras actividades que generarían, a su criterio, mayor impacto que un restaurante. Señala además, que esta prohibición contravendría el principio de neutralidad contemplado en el artículo 39° de la Ley N° 29090, Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de edificaciones⁵, así como el principio de igualdad recogido en el numeral 2 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú⁶. Expresa, adicionalmente, que la actuación sería discriminatoria ya que en la calle en la cual se encuentra ubicado su inmueble – y en la zona adyacente al mismo – funcionan diversos establecimientos que tienen un mayor impacto que las actividades desarrolladas por un “restaurante” e inclusive existen algunos locales que se dedican a dicho giro.

En el mismo sentido, acusa que la Municipalidad no habría efectuado análisis de proporcionalidad, sopesando los costos de su medida versus los aparentes beneficios que pretendería conseguir. Tampoco se evidencia que se haya considerado y descartado medidas alternativas regulatorias menos onerosas y más razonables que la prohibición absoluta de una actividad económica plenamente compatible con actividades similares ya desarrolladas en la misma zona.

Con fecha 08 de abril de 2016 la Secretaría Técnica de la Comisión admitió a trámite la denuncia presentada por Viramar con Resolución N° 0181-2016/CEB-INDECOPI. En ella se declara improcedente el extremo de la denuncia dirigida contra la Municipalidad en calidad de denunciada, dado a que la medida en donde se impone la barrera burocrática se encuentra contenida en las ordenanzas N° 920 y N° 1013 fueron emitidas por la MML, y como se ha establecido en anteriores pronunciamientos⁷, la denuncia deberá solo ser admitida solo contra dicha autoridad edil.

⁵ **Ley N° 29090, artículo 39°.- Del Régimen Normativo**

La adopción de las normas que regularán la inversión inmobiliaria se sustentarán en los principios de concordancia, neutralidad, simplicidad, transparencia y obligatoriedad de difusión que se describen a continuación:

(...)

- Por neutralidad se entiende que cada propietario tendrá el derecho de tener el mismo tratamiento normativo que cualquier otro, si las características urbanísticas de una misma área de la ciudad o municipio son iguales.

(...)

⁶ **Constitución Política del Perú**

Derechos Fundamentales de la persona

Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:

(...)

2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

⁷ **Resolución N° 1554-2013/SDC-INDECOPI del 19.09.2013 y Resolución N° 0175-2015/SDC-INDECOPI del 18.03.2015, que establecen:**

“(…) en el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas pueden intervenir los siguientes actores: (i) en calidad de denunciante, el agente económico cuyo acceso o permanencia en el mercado podría verse afectado o el ciudadano en caso de contravención a las normas de simplificación administrativa; y (ii) en calidad de denunciada, la entidad de la Administración Pública que emitió el acto o disposición en el cual se materializa la barrera burocrática cuestionada.”

No obstante, y en aplicación del artículo 60° de la Ley N° 27444⁸, si bien la Municipalidad no cumple con el requisito para ser considerada parte denunciada en el presente procedimiento, sí cuenta con un interés legítimo para participar en este como tercero administrado, al ser la autoridad competente para aplicar las disposiciones contenidas en las ordenanzas mencionadas en el párrafo anterior.

Luego de haberse corrido traslado a la parte denunciada, en fecha 27 de abril de 2016 La Municipalidad de Miraflores presentó sus descargos. Responde que la prohibición a la que se refiere la denunciante no tiene por objeto excluir del mercado a los agentes económicos, sino que tiene por fin que las actividades de “restaurante” y similares se realicen en zonas permitidas, atendiendo al orden y desarrollo del distrito.

Asimismo, la zonificación y el límite de usos establecidos en la calle Santa Isabel fueron establecidos con el fin de preservar el medio ambiente y la calidad de vida de los vecinos, entre otros; y que no se estaría ante un caso de discriminación, pues no se puede establecer un trato igualitario a predios que desarrollan actividades distintas y/o que se encuentren ubicados en zonas diferentes.

Por su parte, el 28 de abril de 2016, la MML presentó sus descargos, manifestando que las Ordenanzas 920-MML y 1012-MML (en adelante las Ordenanzas) se sustentan en los Dictámenes 014-2006-MML-CMDUV y 015-2007-MML-CMDUVN, emitidos por la Comisión Metropolitana de Desarrollo Urbano, Vivienda y Nomenclatura. A lo cual, la denunciante respondió que las Ordenanzas se sustentan en un Plan de Desarrollo Metropolitano de Lima y Callao – diseñado para el periodo 1990-2010, que no ha sido objeto de revisión ni actualización, por lo tanto, tales normas devienen en arbitrarias.

Mediante Resolución N° 0368-2016/CEB-INDECOPI del 22 de julio de 2016, la Comisión (por mayoría)⁹ declaró improcedente la denuncia presentada por Viramar contra la MML, con base a los siguientes fundamentos:

- Respecto a la Ordenanza N° 920-MML; de acuerdo a lo establecido en los artículos 30° y 31° del Decreto Supremo N° 004-2011-VIVIENDA, Reglamento de Acondicionamiento Territorial y desarrollo Urbano¹⁰ y en los artículos 27° y 28° de la Ordenanza N° 620-MML¹¹, las normas que aprueban las zonificaciones

⁸ **Ley N° 27444, Artículo 60.- Terceros administrados**

Sí durante la tramitación de un procedimiento es advertida la existencia de terceros determinados no comparecientes cuyos derechos o intereses legítimos puedan resultar afectados con la resolución que sea emitida, dicha tramitación y lo actuado les deben ser comunicados mediante citación al domicilio que resulte conocido, sin interrumpir el procedimiento.

⁹ Se indica que el pronunciamiento de la Comisión contó con un voto en discordia. La conclusión de dicho voto fue que la prohibición denunciada -contenida en la Ordenanza 1012-MML- constituía una barrera burocrática carente de razonabilidad. Al entender del Comisionado que emitió dicho voto, en este caso la denunciante no cuestionaba una omisión por parte de la Municipalidad sino una restricción de realizar una actividad económica en zonas calificadas como RDM.

¹⁰ **Decreto Supremo N° 004-2011-VIVIENDA,**

Art. 30°.- Definición de Zonificación, La zonificación es el instrumento técnico de gestión urbana que contiene el conjunto de normas técnicas urbanísticas para la regulación del uso y la ocupación del suelo en el ámbito de Intervención de los PDM, PDU y EU, en función a los objetivos de desarrollo sostenible y a la capacidad de soporte del suelo, para localizar actividades con fines sociales y económicos, como vivienda, recreación, protección y equipamiento; así como la producción industrial, comercio, transportes y comunicaciones.

Art. 31°.- Objeto de Zonificación, La zonificación regula el ejercicio del derecho de propiedad predial respecto del uso y ocupación que se le puede dar al mismo. Se concreta en planos de zonificación Urbana, Reglamento de zonificación (parámetros urbanísticos y arquitectónicos para cada zona); y el Índice de Usos para la Ubicación de Actividades Urbanas. Ninguna norma puede establecer restricciones al uso de suelo no consideradas en la zonificación.

¹¹ **Ordenanza N° 620-MML,**

Artículo 27.- La Zonificación es el conjunto de normas urbanísticas que regulan el uso del suelo en función de las demandas físicas, económicas y sociales de la población, permitiendo la localización compatible, equilibrada y armónica de sus actividades con fines de vivienda, producción, comercio, industria, equipamiento, servicios, recreación, turismo, cultura, protección ambiental y de defensa civil, posibilitando la ejecución de programas y proyectos de inversión pública y privada en habilitaciones,

aplicables en un determinado distrito tienen por objeto delimitar el ejercicio del derecho de propiedad de los predios ubicados en tal circunscripción, mas no a regular una actividad económica en sí. Asimismo la zonificación establecida para el área de un distrito no se ajusta a la definición de “barrera burocrática” contemplada en el artículo 2º de la Ley N° 28996. Por lo tanto la Comisión no resulta competente para conocer la calificación de la zonificación realizada a través de la Ordenanza N° 920-MML.

- Respecto a la Ordenanza N° 1012-MML; donde se establece que la calle Santa Isabel cuenta con zonificación RDM. Por tanto, de acuerdo con el artículo 32º del Decreto Supremo N° 004-2011-VIVIENDA¹², dicha área se encuentra destinada al uso de vivienda, salvo excepción aprobada por la MML. Lo que pretende Viramar con su denuncia es que se incluya el giro de "restaurante" en aquellas zonas del distrito de Miraflores calificadas como RDM. Sin embargo, tal finalidad excede el ámbito de las competencias de la Comisión, ya que únicamente puede ordenar la inaplicación de barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad. En consecuencia, corresponde declarar improcedente la denuncia.

El 20 de septiembre de 2016, Viramar interpuso un recurso de apelación contra la Resolución N° 0368-2016/CEB-INDECOPI, en donde alegó que el hecho de que una actuación administrativa deba estar “destinada a regular una actividad económica” no se desprende de lo establecido en los artículos 26BISº y 2º de la Ley N° 28996, y por tanto la primera instancia habría renunciado al ejercicio de sus facultades administrativas para conocer la presente denuncia, lo cual genera incertidumbre en los administrados y menoscaba el principio de predictibilidad.

En el mismo sentido, expone que la normativa que regula la zonificación en el distrito de Miraflores incide directamente en su actividad económica, pues determina los usos que se pueden dar a los inmuebles ubicados en determinadas áreas, y en el caso presente, estaría impidiendo el desarrollo del giro de “restaurante” en una zona en la cual otros establecimientos ya realizan tal actividad.

Adicional a lo anterior, expresa que si bien la consecuencia final del presente procedimiento puede ser que la MML y la Municipalidad se encuentren impedidas de aplicarle la prohibición denunciada, no ha cuestionado la supuesta omisión de inclusión del giro de “restaurante” en el Índice de Usos del distrito de Miraflores. Por tanto, el petitorio de su denuncia no ha sido correctamente evaluado.

Por su parte, La Municipalidad presenta el 26 de diciembre de 2016 un escrito en el cual indica que el Tercer Juzgado Permanente en los Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el trámite del Expediente N° 12232-2009-0-1801-JR-CA-03, ha señalado que Viramar no cuenta con legitimidad para cuestionar

rehabilitaciones, reurbanizaciones, remodelaciones, renovaciones y en edificaciones nuevas, restauraciones o de saneamiento en áreas no desarrolladas, incipientes, informales o degradadas, garantizando el uso más apropiado, conveniente y oportuno del suelo urbano de la metrópoli, incluyendo sus áreas territoriales circundantes.

Artículo 28.- La Zonificación regula el ejercicio del derecho de uso del suelo de la propiedad inmueble y se concreta en Planos de Zonificación Urbana, Reglamento de Zonificación e Índice de Usos para la Ubicación de Actividades Urbanas. Ninguna norma puede establecer restricciones al uso de suelo no consideradas en los Planos de Zonificación.

¹² **Decreto Supremo N° 004-2011-VIVIENDA, artículo 32.- Clasificación de las zonas de uso del suelo**

32.1 De acuerdo con las características determinadas en los estudios correspondientes se consignarán las siguientes zonas de uso del suelo: 1) Residencial (R): son áreas urbanas destinadas predominantemente al uso de vivienda, pudiendo tolerar además otros usos compatibles. Los planos de zonificación consignan: Zona de Densidad Alta (RDA), Zona de Densidad Media (RDM), y Zona de Densidad Baja (RDB). (...)

las Ordenanzas N° 920-MML y N° 1012-MML. Acota además que es la Ordenanza N° 389-MML la norma que regula el otorgamiento de licencias de funcionamiento en el distrito de Miraflores, y en ese sentido, las Ordenanzas N° 920-MML y N° 1012-MML no regulan actividades económicas.

Con fecha 22 de diciembre de 2017 se emite la Resolución N° 723-2017/SDC-INDECOPI, en donde la Sala Especializada en Defensa de la Competencia resuelve:

- Primeramente, en razón al Expediente Judicial N° 12232-2009-0-1801-JR-CA-03, señala que la controversia del mismo giró en torno a si correspondía declarar la nulidad de las Resoluciones N° 3236-2009-SCOM-GAC/MM, N° 3841-2009-SCOM-GAC/MM y N° 001-2009-GDET/MM, y no sobre la legalidad y la razonabilidad de las normas cuestionadas en el presente procedimiento.
- **CONFIRMA** la Resolución N° 0368-2016/CEB-INDECOPI por la cual la Comisión declaró improcedente el extremo de la denuncia presentada por Viramar, por la presunta imposición de una barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad, contenida en el Plano de Zonificación del distrito de Miraflores aprobado por la Ordenanza N° 920-MML. Sustenta esta decisión en que la medida en cuestión no constituye una barrera burocrática en los términos establecidos en la normativa pertinente, ya que únicamente establece que el área donde se encuentra ubicado el establecimiento comercial de la denunciante tiene la calificación de “Zonificación Residencial Densidad Media”.
- Sin embargo, la Sala decide **REVOCAR** la Resolución por la cual la Comisión declaró improcedente el extremo de la denuncia, por la presunta imposición de una barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad, contenida en el Código CIUU H.55.2.02.03 del Anexo 1 de la Ordenanza N° 1012-MML. Fundamenta su decisión en que la Ordenanza en cuestión regula los usos comerciales del suelo, lo que es efectivamente un impedimento a los agentes económicos para desarrollar el giro de “restaurante” en una determinada área del distrito de Miraflores y sería, por tanto, una barrera burocrática. Si bien la prohibición cuestionada no incurre en causal de ilegalidad, ni la MML, ni la Municipalidad habrían adjuntado información y/o documentación alguna que justificaría la razonabilidad de la misma.

Finalmente, luego de que Viramar solicitara el pago de costas y costos, mediante escrito de fecha 04 de abril de 2018, se emite la Resolución N° 0297-2018/CEB-INDECOPI, donde se ordena a la MML que pague a la denunciante el monto de S/30 000,00 soles por concepto de costos del procedimiento seguido en el expediente N° 000046-2016/CEB. Dicha Resolución es posteriormente apelada mediante escrito de la MML de fecha 26 de junio de 2018 – apelación a la cual se adhiere Viramar- dando lugar a la Resolución N° 0027/2019/SEL-INDECOPI que revoca ese extremo de la Resolución y en consecuencia deniega la solicitud de pago de costos.

II. IDENTIFICACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS DEL EXPEDIENTE

En el presente caso nos encontramos ante un procedimiento administrativo, específicamente ante una denuncia contra barreras burocráticas. Teniendo esto como base, es de suma importancia, antes de proceder ante cualquier análisis, tener en claro qué es una barrera burocrática.

Para eso, nos referiremos al punto 3 del artículo 3º del Decreto Legislativo N° 1256, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de prevención y eliminación de Barreras Burocráticas:

“Artículo 3.- Definiciones

(...)

3. Barrera Burocrática: exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro que imponga cualquier entidad, dirigido a condicionar, restringir u obstaculizar el acceso y/o permanencia de los agentes económicos en el mercado y/o que puedan afectar a administrados en la tramitación de procedimientos administrativos sujetos a las normas y/o principios que garantizan la simplificación administrativa. La sola calidad de exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro no implica necesariamente su carácter ilegal y/o su carencia de razonabilidad.

(...)”¹³

Iniciando con el análisis de la definición legal líneas arriba, tenemos en primer lugar, que la barrera burocrática consiste en un actuar por parte de una entidad estatal; dicho actuar puede materializarse en una exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro. Según esta definición las barreras burocráticas pueden estar contenidas en disposiciones administrativas, actos administrativos y actuaciones materiales.

Posteriormente, tenemos que dichos actos tendrían por efecto, dificultar el acceso y/o permanencia en el mercado de los agentes económicos y/o que afecten a los administrados en los trámites administrativos; y es, en las formas en las que estas barreras les afectan, que se ha planteado una clasificación de las mismas:

- a) **Barreras de acceso.** Ejemplo: registrar una empresa en registros públicos u obtener una licencia de funcionamiento.
- b) **Barreras de permanencia.** Ejemplo exigencia del pago de arbitrios municipales o renovación anual de licencia de funcionamiento.
- c) **Barreras en la tramitación de procedimientos administrativos.** Ejemplo: pago de una tasa por derecho trámite, pago por la obtención de formatos y formularios.¹⁴

¹³ Cabe mencionar que, si bien la definición aquí presente es tomada de la normativa actualmente vigente, durante el desarrollo del procedimiento administrativo tratado en este Informe se utilizó la definición legal desarrollada en el artículo 2º de la Ley N° 28996, que se encontraba vigente a la admisión del trámite de la denuncia.

¹⁴ **Defensoría del Pueblo.** (2009). *Informe Defensorial N° 145. Aplicación del Silencio Administrativo: Retos y tareas pendientes.* Lima, Defensoría del Pueblo, p. 128.

Finalmente, tenemos la última línea de la presente definición donde se esboza un carácter negativo a las barreras burocráticas, pues es en la ilegalidad o irracionalidad que éstas puedan padecer en donde se materializa una vulneración a los derechos de los agentes económicos y/o de los administrados. Pero ¿Qué derechos se estarían vulnerando?

Al respecto consideramos que **CÉSAR OCHOA CARDICH** aporta un dato interesante a la definición de barrera burocrática:

“En términos jurídicos, se debe entender que el concepto de barrera burocrática constituye una afectación arbitraria y desproporcionada al contenido esencial del derecho de la libertad de empresa previsto en el artículo 58º de la Constitución¹⁵, que asumimos como un derecho fundamental.”¹⁶

Ahora, si bien todas las barreras burocráticas significan en mayor o menor medida una afectación a la libre iniciativa privada, resaltamos que esta debe tener el carácter de ilegal y/o irracional para que estas se consideren como injustificadas. Esto es debido a que las barreras burocráticas, en principio, son la forma en la cual la autoridad puede compatibilizar el interés público con la ya mencionada iniciativa privada, tal como afirman **JUAN LUIS AVENDAÑO VALDÉZ** y **IORELLA ZUMAETA CASTRO**:

“No toda barrera burocrática es perjudicial en sí misma. Por el contrario, muchas constituyen una limitación a la libre iniciativa privada con la finalidad de proteger el interés social, es decir, son restricciones para un adecuado desarrollo de las actividades económicas.”¹⁷

Habiendo analizado la definición legal, se advierten las numerosas veces que nos referimos a los conceptos de ilegalidad e irracionalidad como características que otorgan una connotación negativa a una barrera burocrática. Queda claro entonces que para poder entender a cabalidad cuando estas medidas son justificadas, se las debe interpretar concorde a los principios de legalidad y razonabilidad del derecho administrativo.

El Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, define a estos principios en su Artículo IV de la siguiente manera:

“Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

1.1. Principio de legalidad.- *Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades*

¹⁵ Constitución Política del Perú
Economía Social de Mercado

Artículo 58º.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

¹⁶ **Ochoa Cardich, César.** (2013). *El control de barreras burocráticas por el INDECOPI y la tutela de derechos fundamentales económicos.* Lima, Perú: Revista de la Facultad de Derecho. Derecho PUCP N° 71,2013 p.423.

¹⁷ **Avendaño Valdéz, Juan Luis y Zumaeta Castro, Fiorella.** (2011). *El que no cae, no tiene que resbalar en el Poder Judicial. Las barreras burocráticas y el procedimiento administrativo.* Lima, Perú: IUS ET VERITAS N° 43. p. 211

que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que fueron conferidas.

(...)

1.4. Principio de Razonabilidad.- *Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.*

(...)"

En primer lugar tenemos al principio de legalidad, que de acuerdo a la ley, significa que la Administración Pública debe sujetar su actuar a la norma fundamental de nuestra Nación, la Constitución Política del Perú así como a las normas jurídicas emitidas por el Congreso de la República (Poder Legislativo) o las normas reglamentarias de carácter general, cuya emisión es potestad del Poder Ejecutivo. Nos referimos entonces, que la autoridad administrativa debe respetar las formalidades y los procedimientos establecidos en las normas pertinentes, y que en su actuar, respeta las atribuciones y competencias que le corresponde como Autoridad.

Por su parte, el principio de razonabilidad implica que cuando la Autoridad realice una actuación, cuyos efectos vayan a limitar, restringir o prohibir el actuar de un administrado, debe procurar que la medida dispuesta sea aquella que afecte a estos últimos de la forma estrictamente necesaria y en la persecución de los fines públicos a su cargo. Una particularidad de este principio es que, tal como está definido, contiene otros tres principios: idoneidad, necesidad y ponderación¹⁸.

Habiendo analizado el concepto de barrera burocrática y conceptos afines, es que procedemos a la problemática del presente expediente. En este caso, como se detalló en los antecedentes, nos encontramos ante una denuncia por la presunta imposición de una barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad, materializada en las Ordenanzas N° 920-MML y N° 1012-MML.

Una vez identificada la denuncia, debemos proceder a explicar el análisis que realizan los órganos resolutivos del INDECOPI cuando deben decidir si las medidas denunciadas constituyen barreras burocráticas ilegales y/o irracionales.

¹⁸ Expediente N.º 2235-2004-AA/TC, Sentencia de fecha 18 de febrero de 2005:

"(...) Por su parte, el principio de proporcionalidad exige, a su vez, que la medida limitativa satisfaga los subcriterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. El principio de idoneidad comporta que toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo, es decir, que exista una relación de medio a fin entre la medida limitativa y el objetivo constitucionalmente legítimo que se persigue alcanzar con aquél.

A su vez, en el Fundamento Jurídico N° 109 de la Sentencia N° 0050-2004-AI/TC, este Tribunal afirmó que el principio de necesidad impone al legislador adoptar, entre las diversas alternativas para alcanzar el fin perseguido, aquella que resulte menos gravosa para el derecho que se limita. Como tal, presupone la existencia de una diversidad de alternativas, todas aptas para conseguir el mismo fin, debiendo ser la escogida por el legislador aquella que genera menos aflicción sobre el derecho fundamental. (...)

Asimismo, en la misma Sentencia 0050-2004-AI/TC, este Tribunal destacó que: "(...) de acuerdo con el principio de proporcionalidad, strictu sensu, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de ésta debe ser, por lo menos, equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental (Fund. Jur. N° 109)

Primeramente, se debe determinar cuál es el órgano competente y con las facultades para conocer las denuncias interpuestas, así como para identificar si las medidas denunciadas constituyen barreras burocráticas y disponer su inaplicación en caso se haya determinado su ilegalidad o carencia de razonabilidad, de ser el caso. Para ello nos referiremos nuevamente al Decreto Legislativo N° 1256 en donde se establece en su artículo 6¹⁹ que el órgano competente para conocer las denuncias en primera instancia de barreras burocráticas es la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas y la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual es la competente de conocer en segunda y última instancia las apelaciones interpuestas contra la Resolución que pone fin a la primera Instancia.

Acto seguido, corresponde a los órganos resolutivos identificar si las medidas denunciadas son barreras burocráticas, es decir, si las medidas poseen las características encontradas en la definición presentada en el presente trabajo. En el caso concreto, las medidas denunciadas son el Plano de Zonificación de los Usos del Suelo del Distrito de Miraflores y el Índice de Usos para la Ubicación de actividades urbanas del Distrito de Miraflores, contenidas en las ya mencionadas Ordenanzas N° 920-MML y N° 1012-MML respectivamente.

Al respecto, en caso que la medida no sea considerada como una barrera burocrática, corresponde que el Órgano Resolutivo declare improcedente la denuncia presentada. Caso contrario se procederá al análisis de legalidad, y si superase éste, al de razonabilidad. Este análisis se encuentra recogido en el Capítulo II (Metodología e Análisis de Barreras Burocráticas) del Título II del Decreto Legislativo N° 1256²⁰.

Para el Análisis de Legalidad, tenemos el Artículo 14° del mismo texto legal, en el que cual se expresa que el análisis de legalidad consiste en evaluar tres aspectos:

- a) Si existen o no atribuciones conferidas por ley que autoricen a la entidad establecer y/o aplicar la barrera burocrática bajo análisis.
- b) Si la entidad siguió los procedimientos y/o formalidades que exige el marco legal vigente para la emisión y/o publicación de la disposición administrativa que materializa la barrera burocrática.

¹⁹ **Decreto Legislativo N° 1256, artículo 6.- Atribuciones de las autoridades en materia de eliminación de barreras burocráticas**

6.1 De la Comisión y la Sala

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

La Sala es la única autoridad administrativa que puede conocer y resolver las apelaciones interpuestas contra las resoluciones emitidas por la Comisión, conforme a los supuestos señalados en el artículo 32 de la presente ley, salvo en el procedimiento sancionador por incumplimiento de mandato regulado en el artículo 34, en cuyo caso la Comisión se constituye como instancia única en sede administrativa. Mediante resolución la Comisión o la Sala, de ser el caso, ordena la inaplicación de las barreras burocráticas a las que hace referencia la presente ley.

²⁰ Cabe mencionar que, durante el desarrollo del procedimiento administrativo tratado en este Informe se utilizó la metodología de análisis de barreras burocráticas establecida en la Resolución 182-97-TDC; metodología que fue posteriormente positivizada en la referida norma.

- c) Si a través de la imposición y/o aplicación de la barrera burocrática se contravienen normas y/o principios de simplificación administrativa o cualquier dispositivo legal.

Estos presupuestos son verificados de forma ordenada, y en caso el órgano resolutorio declarase la ilegalidad de la barrera en razón de incumplir uno de ellos, no será necesario evaluar el cumplimiento de los siguientes (si incumple el criterio “a” no será necesario analizar los criterio “b” ni “c”, y así sucesivamente), ni proceder con el análisis de razonabilidad.

Si la barrera denunciada supera el análisis de legalidad, el denunciante deberá presentar indicios suficientes respecto a la carencia de razonabilidad de la misma y hasta antes de que se emita la resolución que resuelve la admisión a trámite de ésta.²¹ Dichos indicios, según el art. 16º del mismo texto legal, deben estar dirigidos a sustentar que la barrera sea:

- a) **Medida arbitraria:** es una medida que carece de fundamentos y/o justificaciones, o que teniendo una justificación no resulta adecuada o idónea para alcanzar el objetivo de la medida; y/o
- b) **Medida desproporcionada:** es una medida que resulta excesiva en relación con sus fines y/o respecto de la cual existe otra u otras medidas alternativas que puedan lograr el mismo objetivo de manera menos gravosa.

Si el órgano resolutorio considera que se han presentado suficientes indicios que le permitan presumir que se encuentra ante una barrera burocrática irracional, procederá al análisis de razonabilidad. Para ello, y de acuerdo al art. 18º de la norma, le corresponde a la entidad denunciada demostrar:

- Que la medida no es arbitraria, lo que implica que la entidad acredite:
 1. La existencia del interés público que sustentó la medida cuestionada. El interés público alegado debe encontrarse dentro del ámbito de atribuciones legales de la entidad.
 2. La existencia del problema que se pretendía solucionar con la medida cuestionada.
 3. Que la medida cuestionada resulta idónea o adecuada para lograr la solución del problema y/o para alcanzar el objetivo de la medida
- Que la medida es proporcional a sus fines, lo que implica que la entidad acredite:
 1. Una evaluación de los beneficios y/o el impacto positivo que generaría la medida y de los costos y/o el impacto negativo de la misma para los agentes económicos obligados a cumplirla, así como para otros agentes afectados y/o para la competencia en el mercado.

²¹ **Artículo 15.- Condiciones para realizar el análisis de razonabilidad**

La Comisión o la Sala, de ser el caso, realiza el análisis de razonabilidad de una barrera burocrática en los procedimientos iniciados a pedido de parte, siempre que el denunciante presente indicios suficientes respecto a la carencia de razonabilidad de la misma en la denuncia y hasta antes de que se emita la resolución que resuelve la admisión a trámite de esta. En los procedimientos iniciados de oficio, la Comisión o la Sala realiza dicho análisis en caso de que, a través de la resolución de inicio, se hubiera sustentado la existencia de indicios suficientes sobre la presunta carencia de razonabilidad de la medida.

2. Que la referida evaluación permite concluir que la medida genera mayores beneficios que costos.
3. Que otras medidas alternativas no resultarían menos costosas o no serían igualmente efectivas. Dentro de estas medidas alternativas debe considerarse la posibilidad de no emitir una nueva regulación.

Basta que la entidad no acredite efectivamente alguno de los elementos anteriormente mencionados para que el órgano resolutorio declare la carencia de razonabilidad de la barrera. Caso contrario, la barrera burocrática habrá superado el análisis y en consecuencia, se deberá declarar improcedente la denuncia.

De esta manera se habría expuesto las principales definiciones concernientes a las barreras burocráticas, así como en que consiste el análisis que deben realizar los Órganos Resolutivos al encontrarse frente a una presunta barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad. En el presente trabajo se consideró que esta explicación conceptual es relevante para resolver las siguientes problemáticas encontradas en el presente Expediente:

1. Si las medidas denunciadas contenidas en las Ordenanzas 920-MML (Plano de Zonificación de los Usos del Suelo del Distrito de Miraflores) y 1012-MML (Índice de Usos para la Ubicación de actividades urbanas del Distrito de Miraflores) consisten efectivamente en barreras burocráticas.
2. A qué se debe que la Sala consideró confirmar en parte lo decidido por la Comisión respecto de la Ordenanza 920-MML, y que criterio la llevó a diferir de lo resuelto respecto de la Ordenanza 1012-MML.
3. Porqué motivo la medida contenida en la Ordenanza 1012-MML no logró superar la metodología de análisis de barreras burocráticas aplicada que llevó a declararla como carente de razonabilidad.

III. POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE LAS RESOLUCIONES EMITIDAS Y LOS PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS

En la presente sección se explicará el razonamiento de los Órganos Resolutivos con el fin de dar solución a las problemáticas identificadas en la sección anterior.

PRIMERA INSTANCIA

La Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas declaró improcedente la denuncia presentada por Viramar contra la MML, y la Municipalidad como tercero administrado, toda vez que la Comisión se considera incompetente para conocer el presente caso. Justificó esta decisión en base a los siguientes fundamentos:

Sobre la Ordenanza N° 920-MML; la Comisión resaltó que, para que una actuación administrativa pueda considerarse como una barrera burocrática, éstas deben estar destinadas a regular las actividades de un determinado mercado o actividad económicas, sean actividades de producción, comercialización, distribución de bienes o prestaciones de servicios. En el caso de la Ordenanza referida, ésta establece la calificación de la zonificación de un distrito, una norma urbanística que regula el ejercicio del derecho de uso del suelo de la propiedad inmueble. La Comisión concluyó entonces que la presente Ordenanza no estaría dirigida a regular actividades económicas que pueden realizarse en el mismo, sino que se encuentra dirigida delimitar el ejercicio del derecho de propiedad correspondiente a los predios ubicados en la circunscripción del distrito. Si bien esta calificación de la zonificación puede generar restricciones para el uso de la propiedad de los administrados, ya que ésta no es una exigencia, requisito, prohibición o cobro, no puede ser considerada una barrera burocrática.

Sobre la Ordenanza N° 1012-MML; ésta consiste en un índice de usos para la Ubicación de Actividades Urbanas, que concretamente, no permite el giro de “restaurante” dentro de una zona residencial, siendo estas zonas predominantemente al uso de vivienda pudiendo tolerar además otros usos compatibles, siendo en el caso concreto, que la Calle Santa Isabel, donde se encuentra ubicado el local de la denunciante, cuenta con zonificación Residencial de Densidad Media (RDM). Sin embargo, dicha calificación no impide que la Municipalidad pueda establecer la realización de actividades distintas, siendo el mecanismo para ello el Índice de Usos. La Comisión expresó posteriormente que la denunciante estaría pretendiendo que se incluya la realización del giro de “restaurante” en la zona considerada como RDM, y en base a eso, es que consideró que carece de facultades legales para ordenar dicha inclusión, pues la Comisión se encuentra facultada únicamente, para ordenar a las entidades de la Administración Pública la eliminación de aquellas barreras burocráticas que haya identificado como ilegales y/o carentes de razonabilidad, no pudiendo ordenar a la Municipalidad cumpla con realizar cualquier otra actividad que no sea la inaplicación de las barreras burocráticas.

Es en base a estos razonamientos, que la Comisión se declaró incompetente para ver el caso en cuestión, y en consecuencia la improcedencia de la presente denuncia.

Al respecto, consideramos que la Comisión cometió un error al analizar la denuncia presentada. Tal como se señaló en los fundamentos 35 y 36 de la Resolución N° 0368-2016/CEB-INDECOPI, la Comisión argumentó que la denunciante pretendería que se incluyera el giro de “restaurante” dentro de la zona considerada como Residencial Media, lo cual es manifiestamente falso. De la lectura del escrito de la denuncia, en sus apartados 21 y 22, se manifiesta:

*“21. Por su parte, la Ordenanza 1012 aprueba e Índice de Usos para la Ubicación de Actividades Urbanas del distrito de Miraflores. En este índice se usos anexo a la Ordenanza se dispone que las actividades de “Restaurantes” (Código H 552003) no se encuentran permitidas dentro de las zonas de RDM, sino únicamente en zonas de comercio vecinal (CV), comercio zonal (CZ) o comercio metropolitano (CM). De esta forma, el giro comercial de restaurante **queda excluido por completo** de una calle como la calle Santa Isabel que ha sido calificada como RDM.*

*22. Las Ordenanzas que materializan las barreras burocráticas prohibitivas denunciadas **no establecen justificación alguna** de por qué se excluye la actividad comercial de restaurante. (...)”*

Lo que Viramar ha denunciado, es que en la Ordenanza N° 1012-MML, se estaría materializando una prohibición injustificada de desarrollar una actividad económica específica en el distrito de Miraflores. En ningún momento de la lectura del escrito de denuncia se puede desprender que la denunciante solicita que incluyan el giro de “restaurante” dentro de la zonificación RDM, sino que se le ha prohibido el desarrollo de esa actividad sin justificación aparente.

Acotamos que la posición de la Comisión no era compartida por todos los miembros de la misma. Tenemos el Voto en Discordia del señor Rafael Alejandro Vera Tudela Wither, en donde expresa que lo que se cuestiona es la prohibición para la realización del giro de “restaurante”, ya que, si una actividad no se encuentra permitida en una norma, debe entenderse que ésta se encuentra prohibida. Es en base a eso, que considera que efectivamente se encontraría ante una barrera burocrática, y por lo tanto se debe evaluar la legalidad y/o carencia de razonabilidad de la exigencia.

Si bien el Voto en Discordia no afectaría el sentido de la Resolución que pone fin a la primera instancia, el análisis de la barrera burocrática allí desarrollado merece ser explicado en el presente trabajo en razón a que concordaría con lo decidido por la instancia superior y de que sería ilustrativo respecto de las diferencias encontradas en la metodología de análisis establecida en la Resolución N° 182-97-TDC del Tribunal del Indecopi con la metodología establecida por la normativa vigente.

En el análisis de legalidad del mismo, respecto a los tres aspectos:

- a. Considera que la autoridad tenía las atribuciones legales para la imposición de la barrera burocrática, basándose en la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, en donde se establece que las Municipalidades Provinciales tienen competencias para la emisión de normas relativas a la organización del espacio físico y uso de suelos, así como las Municipalidades Distritales tienen competencias para normar, regular, expedir y otorgar autorizaciones para el funcionamiento de establecimientos con fines comerciales, industriales o profesionales.

- b. Considera que la Autoridad Administrativa habría emitido la Ordenanza N° 1012-MML conforme a los procedimientos y formalidades exigidas por el marco legal, al publicar la referida Ordenanza en el diario Oficial “El Peruano” el 29 de abril de 2007.
- c. Respecto del tercer considerando establecido en la norma, de acuerdo a la metodología de análisis establecida en el precedente de observancia obligatoria aprobado mediante Resolución N° 182-97-TDC, no se establece expresamente que es parte del análisis de legalidad la verificación de que la barrera no contravenga normas y/o principios de simplificación administrativa o cualquier otro dispositivo. Por lo que no se verificó este presupuesto en el análisis de la Resolución presente.

Por lo expuesto, consideró que se debe proceder al Análisis de Razonabilidad.

Respecto de los Indicios de razonabilidad presentados por la denunciante:

- a. Respecto a la arbitrariedad alegada en la aplicación de la medida, se aprecia de una revisión de la Ordenanza N° 1012-MML, que en ella no figura justificación alguna respecto de la imposición de la medida cuestionada. Por tanto, consideró que le corresponde a la MML y a la Municipalidad presentar justificación de la restricción impuesta.
- b. Respecto a la discriminación alegada en la aplicación de la medida, acotamos que en la metodología de análisis en la normativa vigente, no se considera que los denunciantes deban presentar indicios que evidencien esta característica. La denunciante señaló que la Autoridad Administrativa habría otorgado licencia de funcionamiento a otros establecimientos que desarrollan actividades con mayor impacto o igual impacto que un restaurante. Al respecto, la Autoridad respondió que esos establecimientos habrían tramitado sus licencias de funcionamiento con anterioridad a la vigencia de la presente Ordenanza y en zonas distintas a la del establecimiento del denunciante, pero no habría acreditado por qué no podrían permitir el funcionamiento de nuevos establecimientos de giro restaurante en la calle Santa Isabel, por lo que consideró que las entidades deben explicar esa situación.
- c. Respecto a la desproporcionalidad alegada en la aplicación de la medida, la denunciante alega que las entidades no habrían tomado en consideración los costos que esta prohibición está generando a la denunciada y a la comunidad, y que éstos a su vez superan en exceso cualquier beneficio que hubiera perseguido. Por tanto correspondería a las entidades justificar la proporcionalidad de la medida.

En consecuencia de lo anterior, la Comisión debió considerar la existencia de indicios suficientes para cuestionar la razonabilidad de la medida, por lo cual, y según lo

establecido en la Resolución N° 182-97-TDC, la entidad denunciada debe acreditar el cumplimiento de los siguientes aspectos²²:

- i. Que la restricción cuestionada se encuentra justificada por un interés público y que es idónea para solucionar el problema que lo afecta. Al respecto, si bien las entidades alegan que la presente medida buscaría proteger la residencialidad, tranquilidad, seguridad y la calidad de vida de los habitantes de dicho sector, ellas no han manifestado cómo es que el hecho de restringir el funcionamiento del establecimiento de giro de restaurante ayudaría a proteger dicho interés público.
- ii. Que la restricción cuestionada es proporcional a los fines que quiere alcanzar. En otras palabras, que los beneficios obtenidos por la exigencia son mayores que los costos impuestos por ella. Al respecto, de la información alcanzada por la MML y la Municipalidad, no se aprecia referencia alguna que acredite que en la adopción de la medida cuestionada se hayan evaluado los costos y beneficios que esta generaría. Asimismo, tampoco habrían manifestado cuáles son las ventajas concretas que se producirían para el interés público protegido.
- iii. Que, en términos generales, la restricción cuestionada es la medida menos gravosa para el administrado con relación a otras opciones existentes. Para poder evaluar este aspecto, es necesario que las entidades presenten información y/o documentación que acredite que evaluaron otras posibles opciones para conseguir el objetivo de la norma, así como los motivos por los que estas fueron desechadas. Las entidades tampoco aportaron documentación alguna.

Debido a la ausencia de documentos por parte de las entidades donde se acreditaría que, en la oportunidad que se expidió la medida se analizó la idoneidad, la proporcionalidad y que fuese la medida menos gravosa, se determina que no se ha acreditado la razonabilidad de la barrera burocrática, por lo que a criterio de este Voto en discordia, la restricción de operar el establecimiento comercial establecida en la Ordenanza N° 1012-MML constituye una barrera burocrática carente de razonabilidad; y, en consecuencia, corresponde declarar fundada la denuncia.

SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Especializada en Defensa de la Competencia se pronunció en la Resolución N° 0723-2017/SDC-INDECOPI, en primer lugar, confirmando en parte la Resolución N° 0368-2016/CEB-INDECOPI que declara improcedente la denuncia interpuesta por Viramar sobre barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad materializada en la Ordenanza 920-MML, por considerar que el Plano de Zonificación contenido en ella no constituye una barrera burocrática. En segundo lugar, decide revocar la Resolución N° 0368-2016/CEB-INDECOPI que declaró improcedente la denuncia de Viramar respecto a una presunta barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad materializada en la Ordenanza 1012-MML, y reformándola declarando fundada la

²² Al respecto, los tres aspectos mencionados por la Resolución N° 182-97-TDC, se encuentran divididos en seis aspectos que se encuentran clasificados de acuerdo si buscan desacreditar la arbitrariedad o la desproporcionalidad alegadas por la denunciante.

denuncia en dicho extremo, por considerar que la medida constituye una barrera burocrática carente de razonabilidad.

Respecto de la Ordenanza 920-MML, debemos mencionar que Viramar en su escrito de apelación argumentó que dentro del artículo 26BIS^o del Decreto Ley N° 25868 y el artículo 2^o de la Ley N° 28996, no se establece que dentro de la definición de barreras burocráticas, éstas deban estar destinadas a regular una actividad económica. Esto es contradicho por la Sala, ya que considera que las barreras burocráticas son las medidas (sean estas exigencias, requisitos, prohibiciones o cobros) impuestas para la realización de una actividad económica. En razón a ello y al igual que la anterior instancia, la Sala considera que se debe verificar si efectivamente la Ordenanza se ajusta a la definición de barrera burocrática.

La Sala expuso sobre la Ordenanza N° 920-MML, que en el área donde se encuentra ubicado el inmueble de la denunciante la zonificación que corresponde es RDM, y que según el artículo 101^o del Decreto Supremo N° 022-2016-VIVIENDA²³, esta zona es predominantemente de uso residencial, permitiéndose además otros usos compatibles. Es en ese sentido que la Sala consideró que el Plano de Zonificación únicamente clasifica el uso del suelo en donde se ubica el establecimiento de Viramar. La normativa en cuestión no tiene por objeto regular una actividad económica, ni establece en sí misma una prohibición para realizar un giro comercial en particular. Por ende, no se consideró que tal norma contenga alguna barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad.

La denunciante, dentro de su escrito de apelación argumentó que la zonificación tiene por objeto regular actividades económicas debido a que determina los usos de los particulares puedan aplicar a sus inmuebles, y que de no aceptar este razonamiento, los Órganos Resolutivos no tendrían competencia para pronunciarse en materia de vehículo o medicamentos, como ejemplo, ya que se tratan de regulaciones obre los muebles; también es desestimado. Frente a este argumento en particular, la Sala responde que la Zonificación establece únicamente la clasificación del suelo, y que, al ejemplo referido por la denunciante respecto a normas en materia de vehículos o medicamentos, cualquier pronunciamiento que hayan emitido los Órganos Resolutivos sobre estos temas, no han definido qué se debe entender por estas actividades, sino sobre medidas que se hayan impuesto a realizar o condicionar dichas actividades como actividades económicas.

Por todo lo anterior, la Sala concluye que la Ordenanza 920-MML no constituye una barrera burocrática.

Al respecto, corresponde decir que nos encontramos de acuerdo con esta decisión. Un Plano de Zonificación es, en principio, un instrumento normativo de carácter técnico, cuya finalidad es clasificar las áreas dentro del distrito en razón de factores geográficos, urbanísticos, ambientales, entre otros. Las repercusiones económicas que puedan tener esta clasificación se basan en las actividades que se puedan permitir dentro de ellas. Como bien establece la norma, las zonas consideradas como

²³ Decreto Supremo N° 022-2016-VIVIENDA

Artículo 101.- Clasificación de las zonas de uso del suelo, subsuelo y sobre suelo

101.1 De acuerdo con las características determinadas en los estudios correspondientes se consigna las zonas de uso del suelo para las Áreas Urbanas y Áreas Urbanizadas inmediatas siguientes: 1. Residencial (R): Área urbana destinada predominantemente al uso de vivienda, permitiendo además otros usos compatibles. Los planos de zonificación consignan: Zona de Densidad Alta (RDA), Zona de Densidad Media (RDM) y Zona de Densidad Baja (RDB). (...)

RDM tienen un uso fundamentalmente de vivienda, y cualquier otra actividad permitida debe ser establecida por la Entidad Competente, siendo un instrumento normativo distinto al Plano de Zonificación el idóneo para ello. Éste instrumento al que nos referimos, es el Índice de Usos, que en el caso concreto, sería el contenido en la Ordenanza 1012-MML, pues es aquí donde se lista de manera taxativa que actividades están permitidas y cuales no en las distintas zonificaciones a nivel distrital

Respecto de la Ordenanza N° 1012-MML, y concordante con la posición manifestada en el voto discordante de la Resolución N° 0368-2016/CEB-INDECOPI, es que la Sala consideró que Viramar no ha denunciado a la MML por haber omitido realizar una actuación a su cargo, sino que la medida cuestionada se encuentra referida a la prohibición de desarrollar una actividad económica específica en una determinada área, y esto significa que esto consiste en una restricción de acceso al mercado. Esta prohibición se encuentra contenida en la Ordenanza, el Índice de Usos del distrito de Miraflores, mediante Código CIUU H.55.2.0.03.

Los Índices de Usos permiten a los administrados identificar los tipos de actividades económicas que puedan o no desarrollar en una zona, tal como se establece en el Artículo 16 de la Ley 28976, Ley Marco de Licencia de Funcionamiento²⁴. Y debido a que, este Índice declara como “uso no conforme” al giro de “restaurante”, se entiende que el objeto de la medida es regular los usos comerciales permitidos en el distrito de Miraflores, es decir, es una barrera burocrática.

Por tanto la Sala procedió con la metodología de análisis de la barrera burocrática.

Respecto al análisis de legalidad, primero se debió determinar si la medida ha sido aprobada por la autoridad competente. Conforme a lo establecido en la Constitución, así como la Ley N° 27883 y la Ley N° 27972, se entiende que la MML es competente para aprobar y modificar normas -a través de su Consejo Metropolitano- sobre el ámbito territorial de las municipalidades distritales ubicadas en la provincia de Lima. Por tanto considera que la Ordenanza ha sido emitida por la autoridad competente.

Seguidamente, la Sala debió verificar si se han cumplido con las formalidades y procedimientos establecidos por la ley para su exigencia. Para ello, señaló que la Ordenanza N° 1012-MML ha sido publicada en el diario oficial “El Peruano” el 29 de abril de 2007, y que la misma Ordenanza fue aprobada por el Concejo Metropolitano por instrumento legal idóneo. Por tanto consideró que se han cumplido con los requisitos formales para su aprobación.

Finalmente, la Sala debió verificar si la medida se encuentra acorde con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. Al respecto, se resalta que la denunciante ha sostenido que la prohibición materializada en la Ordenanza contraviene el principio de neutralidad establecido en la Ley N° 29090. Al respecto, la Sala aclara que la norma en cuestión regula los procedimientos para independización de predio rústicos,

²⁴ **Ley 28976, Ley Marco de Licencia de Funcionamiento**
Artículo 16.- Información a disposición de los administrados

La siguiente información deberá estar permanentemente a disposición de los administrados en el local de la municipalidad y en su portal electrónico:

(...)

. Índice de Uso de Suelos.- Con el cual se permitirá identificar los tipos de actividades comerciales correspondientes a cada categoría de zonificación.

(...)

subdivisión de lotes, obtención de las licencias de habilitación urbana y de edificación; por tanto, no resulta aplicable a la materia controvertida del presente procedimiento.

Viramar también alegó que la restricción cuestionada vulnera el principio de igualdad pues estaría estableciendo un trato discriminatorio para el giro “restaurante” en comparación con otros giros comerciales que serían compatibles con la zonificación RDM. Ante ello, la Sala expuso que una medida es considerada discriminatoria cuando se trate de forma distinta a los particulares que se encuentren en la misma situación, y que en el caso concreto, los establecimientos respecto de los cuales Viramar alega trato discriminatorio constituyen giros de negocio distintos al de “restaurante”. Asimismo, la prohibición establecida en la Ordenanza se aplica a todos los inmuebles ubicados en zona RDM del Sector, y no únicamente sobre el inmueble de la denunciante. Por estas razones, es que la Sala tampoco consideró que se vulnera el principio de igualdad.

Por las razones expuestas anteriormente, es que la Sala consideró que la prohibición materializada en la presente Ordenanza, habría superado el análisis de legalidad, por lo que procedería el análisis de los indicios sobre la presunta falta de razonabilidad presentados por la denunciante.

Entre los indicios presentados por Viramar, tenemos:

- Considera que la medida es arbitraria, teniendo en consideración que: a) La Municipalidad no habría contado con un sustento técnico que para imponer la prohibición del giro de “restaurante” en la zona donde se ubica el inmueble de la denunciante; b) no habría sustentado el criterio técnico por el cual se permitiría la realización de otras actividades económicas distintas a las del giro de “restaurante”; y c) en la Ordenanza no se desprende el interés público de dicha norma.
- Considera que la medida es desproporcional, teniendo en consideración que: la entidad no habría evaluado la imposición de otras alternativas menos gravosas ni contaría con documentación que acredite la proporcionalidad de la prohibición.
- Considera que la medida es discriminatoria, teniendo en consideración que: existen otros establecimientos que cuentan con habilitación para funcionar en la zona donde se encuentra el inmueble.

La Sala, habiendo ya verificado la falta de trato discriminatorio de la medida durante el análisis de legalidad, procedió con el análisis de razonabilidad solo por los indicios de arbitrariedad y desproporcionalidad presentados. Para ello, se analizó lo presentado por la entidad denunciada.

Respecto de la arbitrariedad, para que la Sala hubiese considerado que la medida responde a un interés público o que sea idónea, la entidad debió haber demostrado con documentos que lo que se pretende tutelar califica como interés público, que existe un problema que afecte el interés señalado y que la medida aplicada tenga la aptitud suficiente para solucionar el problema referido.

La entidad señaló que la prohibición de desarrollar el giro de “restaurante” contenida en la Ordenanza, tiene por finalidad salvaguardar el orden y la planificación de las actividades urbanas de su distrito, preservando el medio ambiente y la calidad de los

vecinos, así como una estructura vial adecuada, la residencialidad y prevalencia de edificaciones de carácter familiar.

Si bien la Sala consideró que los intereses anteriormente mencionados califican como intereses públicos dignos de protección, ni la MML ni la Municipalidad han acompañado documento y/o estudio alguno que dé cuenta de la existencia de un problema que afecte alguno de estos intereses o que estén relacionados con el desarrollo el giro de “restaurante” en las zonas calificadas como RDM en el Sector B.

Mediante el Requerimiento N° 068-2017/SDC, la Secretaría Técnica le solicita a la MML que presente todos los documentos que dieron lugar a la emisión de la Ordenanza 1012-MML. En el mismo sentido con el Requerimiento N° 069-2017/SDC, la Secretaría Técnica le solicita a la Municipalidad que presente todos los documentos de los que tenga conocimiento o hubiera participado en conjunto con la MML para la aprobación de la Ordenanza N° 1012-MML. Pese a esto, los documentos presentados no contienen los motivos por los cuales la actividad de “restaurante” constituye un “uso no conforme” en las zonas calificadas como RDM.

De acuerdo al criterio establecido en el precedente de observancia obligatoria, una vez que una medida no logre superar uno de los aspectos del análisis de razonabilidad, no es necesario continuar con el análisis de los demás aspectos. Sin embargo, la Sala consideró en su momento conveniente la continuación del análisis, procediendo a evaluar la presunta desproporcionalidad de la medida.

Respecto de la desproporcionalidad, se expresa que no basta con alegar que una limitación satisfaga un interés público, sino que es necesario que se haya efectuado un balance entre las ventajas para la colectividad y las limitaciones impuestas a los agentes involucrados. Para ello, las entidades deben presentar documentación que acredite haber evaluado los costos de las medidas impuestas en los agentes económicos en relación con los beneficios obtenidos producto de su implementación. Sin embargo, ninguna de las entidades presentó documento alguno en donde se materialice el análisis mencionado, pese a haberse hecho los requerimientos respectivos.

La misma situación se repitió en el análisis de opción menos gravosa, pues este significa que las entidades deben haber identificado diversas medidas que de igual o de mejor forma hubieran podido tutelar los intereses públicos alegados, y que la medida escogida era aquella que de entre todas, significaba la menor carga para los agentes económicos participantes. Las entidades tampoco habrían presentado documento alguno donde se evidencie que se aplicó este análisis al momento de emitir la Ordenanza.

Son bajo estos criterios que la sala justificó revocar la Resolución N° 0368-2016/CEB-INDECOPI donde se declaró improcedente la denuncia respecto de la prohibición establecida en la Ordenanza 1012-MML, y la reformó, declarando dicha medida como barrera burocrática carente de razonabilidad.

Como se puede apreciar, el análisis realizado por la Sala Especializada es concordante con el análisis realizado en el voto discordante de la Resolución de primera instancia, concluyendo de la misma manera y debido a los mismos motivos. Nuestra opinión en el presente trabajo es también concordante con ambas resoluciones. Durante el presente procedimiento, las entidades tuvieron diversas

oportunidades para presentar documentos donde se evidencie la justificación de la imposición de la medida, documentos que nunca se presentaron; al no hacerlo, no se puede evidenciar los criterios que justificarían la imposición de la medida, y sin criterios válidos que la justifiquen, la medida deviene en irracional.

Finalmente queremos resaltar que en procedimientos de esta naturaleza no se analiza el contenido de la Ordenanza en sí, pues como bien dijo la Comisión en su momento, el análisis del contenido de una norma escapa la competencia de los Órganos Resolutivos. La inaplicación de las barreras burocráticas se decide en base a cómo estas se han aplicado. Sin perjuicio de ello, dentro del presente procedimiento, la repetida negativa por parte de la MML y la Municipalidad a presentar la documentación requerida nos genera la siguiente interrogante: ¿Se realizaron en algún momento los análisis que justificarían la imposición de la medida? Lamentablemente, esta interrogante no podría ser respuesta ni por los Órganos Resolutivos en el marco del presente procedimiento, ni por nosotros en el presente trabajo.

IV. CONCLUSIONES

1. Según la normativa vigente, las barreras burocráticas son definidas como aquellos actos administrativos que buscan condicionar, restringir u obstaculizar el acceso o la permanencia de los agentes económicos dentro de un mercado o que transgredan las normas y/o principios de simplificación administrativa.
2. La presente denuncia recae sobre dos normas de carácter general: La Ordenanza N° 920-MML, el reajuste integral de la zonificación de los usos del Distrito de Miraflores y el Plano de Zonificación de los Usos del Suelo del Distrito de Miraflores; y la Ordenanza N° 1012-MML, el índice de Usos para la Ubicación de actividades urbanas en el Distrito de Miraflores. Y de acuerdo a la clasificación anterior, el caso presente consiste en una denuncia en abstracto.
3. La Resolución N° 0368-2016/CEB-INDECOPI, que pone fin a la Primera Instancia, decide declarar improcedente la denuncia, argumentando que la Ordenanza N° 920 no consiste en una barrera burocrática, al tratarse el Plano de Zonificación de un instrumento técnico; y que lo pretendido por la denunciante respecto la Ordenanza N° 1012, consiste en querer incluir el giro de “restaurante” dentro de las actividades permitidas en una zona RDM y dicha solicitud excede las competencias de la Comisión.
4. La Resolución N° 723-2017/SDC-INDECOPI, que pone fin a la Segunda Instancia, confirma la Resolución N° 0368-2016/CEB-INDECOPI en el extremo que declara infundada la denuncia respecto a una supuesta barrera burocrática contenida en la Ordenanza N° 920-MML; pero decide revocar el extremo que declara infundada la denuncia respecto a una supuesta barrera burocrática contenida en la Ordenanza N° 1012-MML, pues considera que lo que Viramar ha denunciado es una prohibición materializada en la mencionada Ordenanza, y no lo que interpretó la Comisión. En ese sentido, la Sala considera que efectivamente constituye una barrera burocrática y se debería proceder con la metodología de análisis de barreras burocráticas.
5. La Sala considera la que la medida impuesta cumple con todo los supuestos de legalidad, pero no los de razonabilidad. La parte denunciante presentó suficientes indicios como para presumir la arbitrariedad y desproporcionalidad de la medida, pero ni la MML ni la Municipalidad presentaron documentos suficientes para contradecir estos indicios. Por tanto, la Sala consideró declarar la prohibición contenida en la Ordenanza N° 1012-MML como una barrera carente de razonabilidad y ordenó su inaplicación a favor de la denunciante.

V. BIBLIOGRAFÍA

- CHRISTIAN GUZMÁN NAPURI. *Los principios generales del Derecho Administrativo*. (2009) Lima, Perú: IUS ET VERITAS N° 38 pp. 228-249.
- AVENDAÑO VALDÉZ, JUAN LUIS Y ZUMAETA CASTRO, FIORELLA. *El que no cae, no tiene que resbalar en el Poder Judicial. Las barreras burocráticas y el procedimiento administrativo*. (2011) Lima, Perú: IUS ET VERITAS N° 43. pp. 208-229.
- CÉSAR OCHOA CARDICH. *El control de barreras burocráticas por el INDECOPÍ y la tutela de derechos fundamentales económicos*. (2013) Lima, Perú: Revista de la Facultad de Derecho. Derecho PUCP N° 71, 2013 pp. 413-422.
- HELENA KARINA DÍAZ SALCEDO. *Análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos. Eliminación de Barreras Burocráticas*. (2013) Lima, Perú: Colección por el Vigésimo Aniversario del Indecopi. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Informe Defensorial N° 145. Aplicación del Silencio Administrativo: Retos y tareas pendientes*. (2009). Lima, Defensoría del Pueblo.

VI. ANEXOS

RESOLUCIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0723-2017/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0046-2016/CEB

Cuatrocientos
Noventa y Siete 000497

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS

DENUNCIANTE : INVERSIONES VIRAMAR S.A.C.

DENUNCIADA : MUNICIPALIDAD METROPOLITANA DE LIMA

TERCERO :

ADMINISTRADO : MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MIRAFLORES

MATERIAS : BARRERAS BUROCRÁTICAS
LEGALIDAD
RAZONABILIDAD

ACTIVIDAD : ACTIVIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN GENERAL

SUMILLA: se CONFIRMA, bajo otros fundamentos, la Resolución 0368-2016/CEB-INDECOPI del 22 de julio de 2016, por la cual la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi declaró improcedente el extremo de la denuncia presentada por Inversiones Viramar S.A.C. contra la Municipalidad Metropolitana de Lima, por la presunta imposición de una barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad consistente en la prohibición de desarrollar el giro de "restaurante" en la zona en la cual se ubica el inmueble de la denunciante, contenida en el Plano de Zonificación del distrito de Miraflores aprobado por la Ordenanza 920-MML.

Esta decisión se sustenta en el hecho que, la disposición cuestionada por Inversiones Viramar S.A.C. no impone una condición o exigencia para la realización de la actividad económica de "restaurante"; sino que únicamente establece que el área donde se encuentra ubicado el establecimiento comercial de la empresa denunciante tiene la calificación de "Zonificación Residencial Densidad Media". En ese sentido, la medida en cuestión no constituye una barrera burocrática en los términos establecidos en el artículo 26BIS del Decreto Ley 25868 y el artículo 2 de la Ley 28996.

Asimismo, se REVOCA la Resolución 0368-2016/CEB-INDECOPI del 22 de julio de 2016, por la cual la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi declaró improcedente el extremo de la denuncia presentada por Inversiones Viramar S.A.C. contra la Municipalidad Metropolitana de Lima, por la presunta imposición de una barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad consistente en la prohibición de desarrollar el giro de "restaurante" en la zona en la cual se ubica el inmueble de la denunciante, contenida en el Código CIUU H.55.2.0.03 del Anexo 1 de la Ordenanza 1012-MML; y, reformándola, se declara FUNDADA la denuncia en dicho extremo, puesto que la prohibición antes indicada constituye una barrera burocrática carente de razonabilidad.

Lo antes indicado se fundamenta en el hecho que, el Anexo 1 de la Ordenanza 1012-MML (Código CIUU H.55.2.0.03), al regular los usos comerciales del suelo,

M-SDC-02/1A

1/46

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Teléfono: 224 7800
e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0723-2017/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0046-2016/CEB

Cuatrocientos
Noventa y Ocho
000498

sí establece un impedimento a los agentes económicos para desarrollar el giro de "restaurante" en determinada área del distrito de Miraflores, lo que califica como una barrera burocrática de acceso al mercado.

Si bien la prohibición cuestionada no incurre en alguna causal de ilegalidad, la Municipalidad Metropolitana de Lima no ha sustentado la razonabilidad de tal medida. En tal sentido, a lo largo del procedimiento, la entidad denunciada no cumplió con presentar información y/o documentación que acreditara la existencia de un problema que dicha restricción pretendería solucionar ni que esta fuera idónea para solucionar dicho problema y/o mitigar sus efectos.

De otro lado, la Municipalidad Metropolitana de Lima tampoco acreditó que hubiera evaluado: (i) los costos y/o beneficios que la medida cuestionada generaría, (ii) que la aplicación de la mencionada prohibición conllevaría mayores beneficios que costos, ni (iii) la existencia de otras medidas alternativas a la cuestionada.

Lima, 22 de diciembre de 2017

I. ANTECEDENTES

1. El 5 de febrero de 2016, Inversiones Viramar S.A.C. (en adelante, Viramar) denunció a la Municipalidad Metropolitana de Lima y a la Municipalidad Distrital de Miraflores (en lo sucesivo, la MML y la Municipalidad de Miraflores, respectivamente) ante la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi (en adelante, la Comisión) por la presunta imposición de una barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad, sobre la base de los siguientes argumentos:

- (i) En el Plano de Zonificación de los Usos del Suelo del distrito de Miraflores, aprobado mediante artículo 1 de la Ordenanza 920-MML, se calificó a los lotes ubicados en la calle Santa Isabel (en la cual se encuentra el inmueble de su empresa) con zonificación Residencial Densidad Media (RDM).
- (ii) En el Anexo que forma parte de la Ordenanza 1012-MML se ha establecido que el giro de "restaurante" (identificado con Código CIUU H.55.2.0.03) tiene uso no conforme en zonas calificadas como RDM, permitiéndose únicamente en áreas calificadas como Comercio Vecinal (CV), Comercio Zonal (CZ) y Comercio Metropolitano (CM).

¹ Adicionalmente, la denunciante solicitó a la Comisión que ordene a la Municipalidad el pago de las costas y los costos del presente procedimiento.

M-SDC-02/1A

2/46

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf.: 224 7800
e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0723-2017/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0046-2016/CEB

Cuatrecientos
Noventa y Nueve 000499

- (iii) En un anterior pronunciamiento², la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi (en adelante, la Sala) ha precisado que la delimitación de qué actividades se encuentran permitidas en una zona geográfica debe sustentarse en un análisis técnico previo. Sin embargo, en este caso, la Municipalidad no ha efectuado tal análisis.
- (iv) La prohibición de giro de "restaurante" en áreas calificadas como RDM en el distrito de Miraflores contraviene el principio de neutralidad³ contemplado en el artículo 39 de la Ley 29090, Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones⁴ (en adelante, la Ley 29090) y de igualdad recogido en el numeral 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú (en lo sucesivo, la Constitución).
- (v) La carencia de razonabilidad de la medida denunciada se puede desprender del propio Índice de Usos aprobado por la Ordenanza 1012-MML, ya que éste permite que en zonas calificadas como RDM se puedan realizar otro tipo de actividades de mayor o igual impacto a la de "restaurante"⁵.
- (vi) La prohibición en cuestión resulta discriminatoria, ya que en la calle en la cual se encuentra ubicado su inmueble -y en la zona adyacente al mismo- funcionan diversos establecimientos que tienen un mayor impacto que las actividades desarrolladas por un "restaurante" e incluso existen algunos locales que se dedica a dicho giro.
- (vii) La denunciada no ha cumplido con efectuar un análisis de proporcionalidad de la prohibición en cuestión, sopesando los costos que implicaría la imposición de la medida en cuestión. Asimismo, tampoco ha descartado la pertinencia de imponer otras alternativas menos onerosas, como la limitación del horario de funcionamiento de los establecimientos en cuestión ("restaurantes") o la implementación de límites de aforo y/o capacidad de atención de tales locales.
2. Mediante Resolución 0181-2016/CEB-INDECOPI del 8 de abril de 2016, la Secretaría Técnica de la Comisión admitió a trámite la denuncia presentada por

² Dicho pronunciamiento corresponde a la Resolución 0187-2015/SDC-INDECOPI del 19 de marzo de 2015.

³ Según manifestó Viramar en su denuncia, el principio de neutralidad supone que "cada propietario tiene el derecho de tener el mismo tratamiento normativo que cualquier otro, si las características urbanísticas de una misma área de la ciudad o municipio son iguales".

⁴ Cabe señalar que, el 28 de febrero de 2017, se publicó en el diario oficial "El Peruano" el Texto Único Ordenado de la Ley 29090, aprobado por el artículo 1 del Decreto Supremo 006-2017-VIVIENDA.

⁵ De acuerdo con lo afirmado por la denunciante, tales actividades serían: bodegas, bazares, farmacias y boticas, venta de ropa y productos de belleza, venta de juguetes, venta de instrumentos musicales, venta de discos y casetes, librerías, heladerías, dulcerías, juguerías, fuentes de soda, cafeterías, etc.

M-SDC-02/1A

3/46

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf.: 224 7800

e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0723-2017/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0046-2016/CEB

000500
Quinientos

Viramar contra la MML por la presunta imposición de una barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad consistente en la restricción de operar su establecimiento comercial bajo el giro de "restaurante" en la calle Santa Isabel 376, Miraflores - Lima, contenida en las Ordenanzas 920-MML y 1012-MML. Asimismo, incorporó a la Municipalidad de Miraflores al procedimiento como tercero administrado⁶.

3. El 27 de abril de 2016, la Municipalidad de Miraflores presentó sus descargos, señalando lo siguiente:
 - (i) La zonificación y el límite de usos establecidos para la calle Santa Isabel se realizó salvaguardando el orden y la planificación de las actividades urbanas de su distrito, preservando el medio ambiente y la calidad de vida de los vecinos, así como una estructura vial adecuada.
 - (ii) No puede establecerse un trato igualitario a predios que desarrollan actividades distintas y/o que se encuentran ubicados en zonificaciones diferentes; por tanto, en este caso, no se verifica una situación de discriminación.
 - (iii) Los usos de las zonas calificadas como RDM en el distrito de Miraflores obedecen a un planeamiento urbano que contempla el proceso de cambio, así como el crecimiento constante y paulatino de tales áreas.
 - (iv) Los derechos de propiedad y de libre empresa se encuentran condicionados y/o limitados por la zonificación y los usos comerciales establecidos para tales zonas, con la finalidad de garantizar su carácter residencial.
 - (v) El objeto de la medida denunciada no es excluir del mercado a los agentes económicos, sino procurar que las actividades de "restaurante" y similares se realicen en zonas permitidas, atendiendo al orden y desarrollo del distrito.
4. El 28 de abril de 2016, la MML presentó sus descargos, manifestando que las Ordenanzas 920-MML y 1012-MML se sustentan en los Dictámenes 014-2006-MML-CMDUV y 015-2007-MML-CMDUVN, emitidos por la Comisión Metropolitana de Desarrollo Urbano, Vivienda y Nomenclatura⁷.
5. El 9 y 16 de junio de 2016, Viramar presentó dos escritos en los cuales señaló que las Ordenanzas 920-MML y 1012-MML se sustentan en un Plan de

⁶ En la admisión a trámite, la Comisión tomó en cuenta que las Ordenanzas 920-MML y 1012-MML no fueron emitidas por la Municipalidad de Miraflores, con lo cual no tenía la condición de denunciado. Sin embargo, consideró adecuada su incorporación como tercero administrado, al contar con interés legítimo.

⁷ El 24 de junio de 2016, la MML complementó sus descargos.

M-SDC-02/1A

4/46

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf: 224 7800
e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0723-2017/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0049-2016/CEB

Quinientos Uno
000501

Desarrollo Metropolitano de Lima y Callao -diseñado para el período 1990-2010- que no ha sido objeto de revisión ni actualización, con lo cual tales normas devienen en arbitrarias. Asimismo, indicó que las citadas ordenanzas no se encuentran justificadas en un interés público.

6. Mediante Resolución 0368-2016/CEB-INDECOPI del 22 de julio de 2016, la Comisión (por mayoría)⁸ declaró improcedente la denuncia presentada por Viramar contra la MML, con base en los siguientes fundamentos:

Respecto de la Ordenanza 920-MML:

- (i) De acuerdo con lo establecido en los artículos 30 y 31 del Decreto Supremo 004-2011-VIVIENDA, Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano⁹ (en adelante, el Decreto Supremo 004-2011-VIVIENDA) y en los artículos 27 y 28 de la Ordenanza 620-MML¹⁰, las normas que aprueban las zonificaciones aplicables en un determinado distrito tienen por objeto delimitar el ejercicio del derecho de propiedad de los predios ubicados en tal circunscripción, mas no regular una actividad económica en sí.
- (ii) Si bien la zonificación establecida para el área de un distrito puede generar restricciones para el uso de los predios ubicados en tal zona, ello no se ajusta a la definición de "barrera burocrática" contemplada en el artículo 2 de la Ley 28996, Ley de Eliminación de Sobrecostos, Trabas y Restricciones a la Inversión Privada (en adelante, la Ley 28996). Por tanto, la Comisión no resulta competente para conocer la calificación de la zonificación realizada a través de la Ordenanza 920-MML.

Respecto de la Ordenanza 1012-MML:

- (iii) La calle Santa Isabel cuenta con zonificación RDM. Por tanto, de acuerdo con el artículo 32 del Decreto Supremo 004-2011-VIVIENDA, dicha área

⁸ Cabe indicar que el pronunciamiento de la Comisión contó con un voto en discordia. La conclusión de dicho voto fue que la prohibición denunciada -contenida en la Ordenanza 1012-MML- constituía una barrera burocrática carente de razonabilidad. A entender del Comisionado que emitió dicho voto, en este caso, la denunciante no cuestionaba una omisión por parte de la Municipalidad sino una restricción de realizar una actividad económica en zonas calificadas como RDM.

⁹ Cabe indicar que el 24 de diciembre de 2016 se publicó en el diario oficial "El Peruano" el Decreto Supremo 022-2016-VIVIENDA que aprobó el Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano, cuya Única Disposición Complementaria Derogatoria dejó sin efecto el Decreto Supremo 004-2011-VIVIENDA.

¹⁰ Ordenanza Reglamentaria del Proceso de Aprobación del Plan Metropolitano de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano de Lima, de planes urbanos distritales y actualización de la zonificación de los usos del suelo de Lima Metropolitana.

Dicha norma -a excepción de su artículo 30- fue derogada por la Primera Disposición Derogatoria de la Ordenanza 1862, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 28 de diciembre de 2014. En tal sentido, a la fecha, ya no forma parte del ordenamiento jurídico, de conformidad con lo establecido en el artículo primero de la Ordenanza 1939, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 6 de marzo de 2016.

M-SDC-02/1A

5/46

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf: 224 7800
e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



se encuentra destinada al uso de vivienda, salvo excepción aprobada por la MML.

- (iv) Lo que pretende Viramar con su denuncia es que se incluya el giro de "restaurante" en aquellas zonas del distrito de Miraflores calificadas como RDM. Sin embargo, tal finalidad excede el ámbito de las competencias de la Comisión, ya que únicamente puede ordenar la inaplicación de barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad. En ese sentido, corresponde declarar improcedente la denuncia.
7. El 20 de septiembre de 2016, Viramar interpuso un recurso de apelación contra la Resolución 0368-2016/CEB-INDECOPI, alegando lo siguiente:
- (i) El hecho que una actuación administrativa deba estar "*destinada a regular una actividad económica*" no se desprende de lo establecido en los artículos 26BIS y 2 de la Ley 28996. Por tanto, la primera instancia ha renunciado al ejercicio de sus facultades administrativas para conocer la presente denuncia, lo cual genera incertidumbre en los administrados y menoscaba el principio de predictibilidad.
- (ii) La normativa que regula la zonificación en el distrito de Miraflores incide directamente en su actividad económica, pues impide que pueda desarrollar el giro de "restaurante" en una zona en la cual otros establecimientos ya realizan tal actividad.
- (iii) La zonificación tiene por objeto regular actividades económicas, pues determina los usos que se pueden dar a los inmuebles ubicados en determinadas áreas. En mayor medida, existen zonificaciones calificadas como "comerciales" e "industriales", lo cual denota el carácter económico de tal regulación.
- (iv) De aceptarse el razonamiento de la Comisión, ni la referida autoridad ni la Sala tendrían facultades para evaluar disposiciones administrativas en materia de vehículos o medicamentos, ya que -al igual que la zonificación- se tratarían de regulaciones sobre bienes, mas no relacionadas a actividades económicas.
- (v) El voto en mayoría de la resolución impugnada que concluye que la zonificación no se encuentra dirigida a regular actividades económicas, contradice diversos pronunciamientos de la Sala¹¹, en los cuales se analizó la legalidad y razonabilidad de normas sobre dicha materia.
- (vi) Si bien la consecuencia final de este procedimiento puede ser que la MML

¹¹ Tales pronunciamientos corresponden a las Resoluciones 187-2015/SDC-INDECOPI, 240-2015/SDC-INDECOPI y 476-2015/SDC-INDECOPI.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0723-2017/SDC-INDECOPÍ

EXPEDIENTE 0046-2016/CEB

Quinientos
Tres
000503

y la Municipalidad de Miraflores se encuentren impedidas de aplicarle la prohibición denunciada, no ha cuestionado la supuesta omisión de inclusión del giro de "restaurante" en el Índice de Usos del distrito de Miraflores. Por tanto, el petitorio de su denuncia no ha sido correctamente evaluado.

- (vii) La carencia de razonabilidad de las Ordenanzas 920-MML y 1012-MML perpetúa una situación de discriminación que limita su actividad económica, situación que ha sido advertida en el voto en discordia de la resolución impugnada.
8. El 26 de diciembre de 2016¹², la Municipalidad de Miraflores presentó un escrito en el cual indicó que:
- (i) El Tercer Juzgado Permanente en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el trámite del Expediente 12232-2009-0-1801-JR-CA-03, ha señalado que Viramar no cuenta con legitimidad para cuestionar las Ordenanzas 920-MML y 1012-MML.
- (ii) La Ordenanza 389-MM es la norma que regula el otorgamiento de licencias de funcionamiento en el distrito de Miraflores. En tal sentido, las Ordenanzas 920-MML y 1012-MML no regulan actividades económicas.
- (iii) En el procedimiento seguido bajo el Expediente 0027-2010/CEB se ha cuestionado la prohibición denunciada en el presente caso. Por tanto, para evitar decisiones contradictorias, en primer lugar, debe emitirse un pronunciamiento en el marco del referido procedimiento.
9. El 1 de febrero de 2017, Viramar solicitó a la Sala: (i) el otorgamiento de una medida cautelar consistente en la inaplicación provisional de la barrera burocrática denunciada¹³; y, (ii) el uso de la palabra en una Audiencia de Informe Oral. Adicionalmente, acompañó información sobre sus operaciones comerciales.
10. El 1 y 4 de diciembre de 2017, la Municipalidad de Miraflores y la MML presentaron dos escritos adicionales¹⁴.

¹² El 28 de diciembre de 2016, la MML presentó un escrito reiterando los argumentos expuestos en su escrito de fecha 24 de junio de 2016, que complementó sus descargos.

¹³ Para acreditar la verosimilitud del derecho, Viramar alegó que -en múltiples pronunciamientos- la Comisión y la Sala habían declarado barrera burocrática carente de razonabilidad prohibiciones similares a la cuestionada en el presente caso. De otro lado, en cuanto al peligro en la demora, la denunciante indicó que la Municipalidad de Miraflores ya había dispuesto el cierre de su local, lo cual le afectaba de forma económica y reputacional.

¹⁴ El 22 de noviembre de 2017, la Secretaría Técnica de la Sala realizó los Requerimientos 0068-2017/SDC y 0069-2017/SDC, dirigidos a MML y a la Municipalidad de Miraflores, respectivamente. En dicha fecha, solicitó a las referidas entidades que -entre otros- explicaran cuáles fueron los criterios y/o parámetros que tuvieron en cuenta para

M-SDC-02/1A

7/46

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf.: 224 7800
e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0723-2017/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0046-2016/CEB

000534

Quinientos
Cuatro

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

11. A partir de los antecedentes expuestos, corresponde a la Sala lo siguiente:

- (i) Evaluar el pedido de Informe Oral solicitado por la denunciante.
- (ii) Analizar si la información que Viramar presentó el 1 de febrero de 2017, constituye información reservada y confidencial.
- (iii) Determinar si corresponde declarar la suspensión del presente procedimiento.
- (iv) Analizar la procedencia de la denuncia contra la MML; y, en caso sea procedente, establecer si corresponde declarar barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad la medida denunciada por Viramar, disponer su inaplicación a favor de la denunciante y, ordenar a la denunciada que cumpla con pagar las costas y costos del presente procedimiento.
- (v) Determinar si corresponde otorgar la medida cautelar solicitada por la denunciante.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

III.1 Sobre el pedido de informe oral

12. El 1 de febrero de 2017, Viramar solicitó a la Sala que se le conceda a su representante el uso de la palabra en una audiencia de informe oral.
13. Al respecto, el artículo 16 del Decreto Legislativo 1033, Ley de Organización y Funciones del Indecopi (en adelante, el Decreto Legislativo 1033), señala que la Sala podrá denegar la solicitud de audiencia de informe oral mediante una

considerar que, en el distrito de Miraflores, el giro de "restaurante" (Código H.55.2.0.03) conforme a lo aprobado en la Ordenanza 1012-MML, únicamente podía desarrollarse en zonas del Sector B calificadas como Comercio Metropolitano (CM), Comercio Zonal (CZ) y Comercio Vecinal (CV), mas no en áreas calificadas como "Residencial Densidad Media (RDM)". Asimismo, se les requirió que acompañaran los medios probatorios que acreditaran la evaluación de dichos criterios.

En tal sentido, el 1 de diciembre de 2017, la Municipalidad de Miraflores acompañó el Informe Técnico Legal 236-2017-GDUMA/MM en el cual señaló -entre otros- lo siguiente: (i) el artículo 101 del Decreto Supremo 022-2016-VIVIENDA, que aprueba el Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano, clasifica los usos del suelo y define qué se debe entender por "zonificación residencial"; y, (ii) de acuerdo con lo establecido en la Ordenanza 719-MML, la zonificación residencial se divide en cuatro categorías: Residencial de Densidad Baja (RDB), Residencial Densidad Media (RDM), Residencial de Densidad Alta (RDA) y Residencial de Densidad Muy Alta (RDMA), de acuerdo a la densidad poblacional que puede soportar cada sector o eje. En tal sentido, las zonificaciones RDM y RDB se ubican en vías de nivel local y se agrupan por sectores, con la finalidad de preservar la tranquilidad y seguridad de los residentes.

El 4 de diciembre de 2017, mediante Informe 248-2017-MML-GDU-SPHU-DP, la MML indicó que el artículo 30 de la Ordenanza 620-MML establecía los lineamientos generales de identificación, calificación y características del uso del suelo de las distintas zonas urbanas.

M-SDC-02/1A

8/46

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf.: 224 7800

e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0723-2017/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0046-2016/CEB

Quinientos
Cinco
000505

decisión debidamente fundamentada; por lo que la citación a informe oral es una potestad y no una obligación de la autoridad administrativa¹⁵

14. En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que "(...) en los supuestos en que el trámite de los recursos sea eminentemente escrito, no resulta vulneratorio del derecho de defensa la imposibilidad del informe oral; dado que el accionante ha podido presentar sus alegatos por escrito a fin de sustentar su impugnación"¹⁶.
15. En el presente caso, Viramar ha presentado argumentos tanto en primera como en segunda instancia, manifestando su posición respecto a los hechos materia de controversia, a través de diversos escritos y en la Audiencia de Informe Oral que se llevó a cabo ante la Comisión el 22 de julio de 2016¹⁷.
16. Aunado a ello, de la revisión de la documentación que obra en el expediente, se observa que la MML y la Municipalidad de Miraflores también han aportado cuantiosa información y documentación sobre la prohibición cuestionada en el presente procedimiento, como diversos informes técnicos y legales que acompañaron a sus descargos y escritos complementarios.
17. Por tanto, toda vez que este Colegiado cuenta con los elementos suficientes para emitir un pronunciamiento final, no resulta necesario convocar a las partes a una audiencia de informe oral. En ese sentido, se desestima la solicitud formulada por la denunciante en este extremo.

III.2 Sobre el carácter reservado y confidencial de la información presentada por Viramar

18. El artículo 2.1 de la Directiva 001-2008/TRI-INDECOPI, Directiva sobre confidencialidad de la información en los procedimientos seguidos por los Órganos Funcionales del Indecopi (en adelante, la Directiva) señala que podrá declararse confidencial la información cuya divulgación pueda implicar una afectación para su titular o un tercero del que la hubiera recibido, u otorgue una ventaja significativa para un competidor (entre los que se encuentran, por

¹⁵ DECRETO LEGISLATIVO 1033. LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INDECOPI

Artículo 16.- Audiencia de informe oral ante las Salas del Tribunal

16.1 Las Salas del Tribunal podrán convocar a audiencia de informe oral, de oficio o a pedido de parte. En este segundo caso, podrán denegar la solicitud mediante decisión debidamente fundamentada.

16.2 Las audiencias son públicas, salvo que la Sala considere necesario su reserva con el fin de resguardar la confidencialidad que corresponde a un secreto industrial o comercial, o al derecho a la intimidad personal o familiar, de cualquiera de las partes involucradas en el procedimiento administrativo.

16.3 Las disposiciones del presente artículo serán aplicables a las solicitudes de presentadas ante las Comisiones.

¹⁶ Ver el numeral 18 de la sentencia emitida en el marco del Expediente 01147-2012-PA/TC.

¹⁷ Véase las fojas 306 y 312 del Expediente.



PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0723-2017/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0046-2016/CEB

Quientos
Seis
000506

ejemplo, el secreto comercial y el secreto industrial¹⁸), o aquella que afecte la intimidad personal y familiar.

19. En el presente caso, el 1 de febrero de 2017, Viramar presentó una lista detallada de las reservas que atendió -en su establecimiento- en enero de 2017, así como las que recibió para el período febrero a abril de 2017. En el referido documento se incluyó información sobre el día y hora de reserva, la identidad del comensal que efectuó la reserva, el monto consumido (cuenta del servicio y propina), el tipo de menú elegido y la cantidad de personas atendidas en cada reserva.
20. Como se puede apreciar, la documentación señalada en el párrafo precedente contiene información de Viramar referida a aspectos de la organización de su actividad económica (restaurante) y sus resultados. En ese sentido, toda vez que esta información tiene -potencialmente- un valor comercial para la denunciante, su acceso por parte de terceros ajenos al presente procedimiento podría generarle un perjuicio.
21. Asimismo, el documento antes señalado también incluye data vinculada a la esfera personal y familiar de terceros ajenos al procedimiento, cuya divulgación podría implicar una afectación en dicho ámbito.
22. Por tanto, corresponde declarar la confidencialidad y reserva de la información que se acompañó al escrito presentado el 1 de febrero de 2017.

III.3 Sobre la precisión de la barrera burocrática denunciada y admitida a trámite

23. Conforme se explicó en el numeral 2 de la presente decisión, mediante Resolución 0181-2016/CEB-INDECOPI del 8 de abril de 2016, la Comisión admitió a trámite la denuncia presentada por Viramar de la siguiente forma:

RESOLUCIÓN 0181-2016/CEB-INDECOPI DEL 8 DE ABRIL DE 2016
"(...)

¹⁸ DIRECTIVA 001-2008/TRI-INDECOPI, DIRECTIVA SOBRE CONFIDENCIALIDAD DE LA INFORMACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS SEGUIDOS POR LOS ÓRGANOS FUNCIONALES DEL INDECOPI
IV. Disposiciones Generales

(...)

2. Información confidencial.

2.1. Podrá declararse confidencial aquella información presentada por las partes o terceros en el marco de un procedimiento seguido ante INDECOPI, cuya divulgación implique una afectación significativa para el titular de la misma o un tercero del que el aportante la hubiere recibido, u otorgue una ventaja significativa para un competidor del aportante de la información. Entre ésta:

- a) Secreto comercial: aquella información cuya importancia para el desarrollo de la actividad empresarial, obliga a las empresas a mantenerla fuera del alcance de los terceros ajenos a la empresa;
- b) Secreto industrial: conocimiento tecnológico referido a procedimientos de fabricación o producción en general, o el conocimiento vinculado al empleo y aplicación de técnicas industriales, que permitan obtener o mantener una ventaja competitiva o económica frente a terceros;
- c) Información que afecte la intimidad personal y familiar de las partes involucradas en un procedimiento; y,

(...)

M-SDC-02/1A

10/46



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0723-2017/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0046-2016/CEB

000507
Quinientos
Sete

Segundo: admitir a trámite la denuncia presentada por la (sic) Inversiones Viramar S.A.C. contra la Municipalidad Metropolitana de Lima, por la presunta imposición de una barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad, consistente en la restricción de operar su establecimiento comercial, bajo el giro de "restaurante" en la calle Santa Isabel 376 del distrito de Miraflores, establecida en las ordenanzas 920 y 1012. (...).
(Subrayado agregado)

24. Al respecto, de la revisión de la denuncia presentada por dicha administrada, se desprende lo siguiente:

DENUNCIA PRESENTADA EL 5 DE FEBRERO DE 2016¹⁹

"(...) por la imposición de las siguientes barreras burocráticas ilegales e irracionales:

- a) Impedir la actividad comercial de restaurante en la zona residencial de densidad media (RDM), materializada en la Ordenanza 1012 que aprueba el Índice de Usos para la Ubicación de Actividades Urbanas del distrito de Miraflores.
- b) Impedir la actividad comercial de restaurante en la calle Santa Isabel del distrito de Miraflores, materializada en la Ordenanza 920 que Aprueba el Reajuste Integral de la Zonificación de los Usos del Suelo del distrito de Miraflores, conformante del Área de Tratamiento Normativo III de Lima Metropolitana, cuyo artículo 1 aprueba el Plano de la Zonificación de los Usos del Suelo del distrito de Miraflores, otorgando a la calle Santa Isabel una calificación de zona residencial de densidad media (RDM), impidiendo el comercio vecinal (CV) en dicha calle.

(...)

- 14. Esto es lo que se encuentra en juego en el presente caso: Una regulación arbitraria por parte de la Municipalidad, que ilegal e irrazonablemente restringe los derechos de los privados a realizar una actividad económica tan simple como la de operar un restaurante, sin mayor sustento que la "autonomía municipal".

(...)

- 18. Sin embargo, contraviniendo dicho mandato legal, las ordenanzas 920 y 1012 han establecido la prohibición injustificada para el desarrollo de un restaurante en el inmueble que utiliza nuestra empresa, ubicado en calle Santa Isabel, en el distrito de Miraflores.

- 19. En primer lugar, la Ordenanza 920 aprobó a través de su artículo 1, el plano de zonificación de los usos del suelo del distrito de Miraflores (Anexo 1 de la Ordenanza). En dicho plano, se identifica la calle Santa Isabel dentro de la zona residencial de densidad media (RDM)

(...)

- 21. Por su parte, la Ordenanza 1012 aprueba el Índice de Usos para la Ubicación de Actividades Urbanas del distrito de Miraflores. En este índice de usos anexo a la Ordenanza se dispone que las actividades de "Restaurantes" (Código H 552003) no se encuentran permitidas dentro de las zonas de RDM, sino únicamente en zonas de comercio vecinal (CV), comercio zonal (CZ) o comercio metropolitano (CM). De esta forma el giro comercial de restaurante queda excluido por completo de una calle como la calle Santa Isabel que ha sido calificada como RDM.

(...)"

(Énfasis y subrayado agregado)

25. Como se puede observar, la denunciante cuestionó la prohibición de desarrollar una actividad económica (restaurante) contenida en dos normas, esto es, denunció una prohibición materializada "en abstracto", y no una medida cuya materialización radique en un acto administrativo (lo cual habría implicado una

¹⁹ Véase las fojas 2 al 20 del Expediente.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0723-2017/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0046-2016/CEB

Quinientos
Cero
000508

presunta barrera burocrática materializada “**en concreto**”²⁰.

26. Por ende, si bien del tenor de la denuncia se desprende que Viramar hizo alusión a su local comercial (sito en Calle Santa Isabel 376 – Miraflores); su cuestionamiento recayó sobre la legalidad y razonabilidad de la prohibición de desarrollar el giro de “restaurante” contenida en dos (2) disposiciones administrativas, normas que establecen una regla general para el área en la cual se encuentra ubicado su establecimiento.
27. Teniendo en cuenta ello, la controversia -en este caso- gira en torno a determinar si la “*prohibición de desarrollar el giro de “restaurante” en la zona en la cual se ubica el inmueble de la denunciante, contenida en el Plano de Zonificación del distrito de Miraflores aprobado por la Ordenanza 920-MML y en el Código H 55.2.0.03 del Anexo 1 de la Ordenanza 1012-MML*” constituye una barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad. Por tanto, corresponde precisar la medida admitida a trámite en los referidos términos.
28. Cabe indicar que la presente precisión no afecta el derecho de defensa de la MML o la Municipalidad de Miraflores, pues no cambia el sentido de la barrera burocrática denunciada por Viramar ni las materializaciones cuestionadas; siendo que a lo largo de este procedimiento, las referidas entidades han formulado sus argumentos con relación a la medida cuestionada y las normas que presuntamente la contendrían.

III. 4 Sobre la competencia de la Comisión y la Sala, y sus facultades para conocer la presente denuncia

29. De acuerdo con el artículo 23 del Decreto Legislativo 1033²¹, concordado con el artículo 26BIS del Decreto Ley 25868²², la Comisión es el órgano resolutorio del

²⁰ Sobre este punto, en reiterados pronunciamientos, la Sala ha precisado que en una denuncia “*en abstracto*”, el denunciante cuestiona la exigencia, requisito, prohibición y/o cobro establecido en una disposición emitida por una entidad de la Administración Pública con efectos generales, es decir objeta la norma en sí misma (por ejemplo, una ordenanza municipal). Asimismo, ha indicado que un cuestionamiento es “*en concreto*” cuando la barrera burocrática se encuentra materializada en un acto o actuación administrativa emitida por una entidad de la Administración Pública que tiene efectos jurídicos individuales o individualizables en el administrado.

Al respecto, por ejemplo, véase las Resoluciones 0317-2016/SDC-INDECOPI del 16 de junio de 2016, 1171-2013/SDC-INDECOPI del 15 de julio de 2013, 1799-2008/TDC-INDECOPI del 4 de setiembre de 2008, entre otras.

²¹ **DECRETO LEGISLATIVO 1033. LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INDECOPI**
Artículo 23.- De la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas.-

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

²² **DECRETO LEY 25868 (Texto de acuerdo con el artículo 2 del Decreto Legislativo 1212, vigente al momento de la admisión a trámite de la denuncia)**
Artículo 26 BIS.-

La Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas es competente para conocer sobre los actos y disposiciones, así como respecto a cualquier otra modalidad de actuación de las entidades de la Administración Pública, incluso del ámbito

M-SDC-02/1A

12/46

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf: 224 7800

e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0723-2017/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0046-2016/CEB

Quintenas
Nueva
000509

Indecopi encargado de conocer los actos, disposiciones, así como actuaciones de las entidades de la Administración Pública (incluso del ámbito municipal o regional), que impongan barreras burocráticas que impidan ilegal y/o irrazonablemente el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado.

30. En esta línea, el artículo 2 de la Ley 28996²³ define como barrera burocrática aquellas exigencias, requisitos, prohibiciones o cobros (contenidos en actos, disposiciones y actuaciones) para la realización de actividades económicas, que afectan los principios y normas de simplificación administrativa y limitan la competitividad empresarial en el mercado.
31. De la lectura de las normas antes señaladas, se desprende que la Comisión y la Sala²⁴ cuentan con competencia para realizar un análisis de legalidad y/o razonabilidad de aquellas exigencias, requisitos, prohibiciones o cobros para la realización de actividades económicas, contenidas en actos, disposiciones o actuaciones de las entidades de la Administración Pública (como es el caso de las municipalidades distritales o provinciales), que afectan o pueden afectar el acceso o la permanencia de los agentes económicos al mercado o contravenir

municipal o regional, que impongan barreras burocráticas que impidan u obstaculicen ilegal o irrazonablemente 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 y el Artículo 61 del Decreto Legislativo N° 776, 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. (...)

(Corresponde precisar que el Decreto Legislativo 1256, Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas, publicado en el diario oficial "El Peruano" el 7 de diciembre de 2016, ha derogado, entre otros, el artículo 26BIS del Decreto Ley 25868 y el artículo 2 de la Ley 28996. Sin embargo, tal cambio normativo no resulta aplicable al presente caso, pues a través de la Primera Disposición Complementaria Final y Transitoria del Decreto Legislativo 1256 se dispuso que los procedimientos a cargo de la Comisión y la Sala que, a la fecha se encuentren en curso, continuarán siendo tramitados bajo las normas anteriores a la vigencia de esta ley, tales como artículo 26BIS del Decreto Legislativo 25868 y el artículo 2 de la Ley 28996).

²³ **LEY 28996. LEY DE ELIMINACIÓN DE SOBRECOSTOS, TRABAS Y RESTRICCIONES A LA INVERSIÓN PRIVADA**
Artículo 2.- Definición de barreras burocráticas
Constituyen barreras burocráticas los actos y disposiciones de las entidades de la Administración Pública que establecen exigencias, requisitos, prohibiciones y/o cobros para la realización de actividades económicas, que afectan los principios y normas de simplificación administrativa contenidos en la Ley N° 27444 y que limitan la competitividad empresarial en el mercado. (Subrayado agregado)

(Sobre la vigencia de este artículo, véase la nota al pie precedente).

²⁴ **DECRETO LEGISLATIVO 1033. LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INDECOPI**
Artículo 14.- Funciones de las Salas del Tribunal.-
14.1 Las Salas del Tribunal tienen las siguientes funciones:
a) Conocer y resolver en segunda y última instancia administrativa las apelaciones interpuestas contra los actos que ponen fin a la instancia, causen indefensión o determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento, emitidos por Comisiones, Secretarías Técnicas o Directores de la Propiedad Intelectual, según corresponda. En tal sentido, podrán conocer y resolver sobre la imposición de multas por la realización de infracciones administrativas o multas coercitivas por el incumplimiento de resoluciones finales, de medidas cautelares, preventivas o correctivas, de acuerdos conciliatorios y de pagos de costas y costos; así como sobre el dictado de mandatos o la adopción de medidas cautelares, correctivas o complementarias;
(...)

M-SDC-02/1A

13/46

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf.: 224 7800
e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0723-2017/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0046-2016/CEB

000510
Diciembre
Diez

las normas de simplificación administrativa²⁵.

32. En el presente caso, el 26 de diciembre de 2016, la Municipalidad de Miraflores indicó que Viramar no tendría legitimidad para obrar en el presente procedimiento, ya que el Tercer Juzgado Permanente en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima -en el trámite del Expediente 12232-2009-0-1801-JR-CA-03- habría concluido que las Ordenanzas 920-MML y 1012-MML no podrían ser cuestionadas por la denunciante. Con mayor razón si dichas normas serían *actuaciones administrativas* emitidas por la MML.
33. Sobre el particular, de la revisión de la Sentencia del 12 de agosto de 2015²⁶, emitida por el Tercer Juzgado Permanente en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima se evidencia que, en dicho proceso, la materia controvertida giró en torno a determinar si correspondía declarar la nulidad de las Resoluciones 3236-2009-SCOM-GAC/MM, 3841-2009-SCOM-GAC/MM y 001-2009-GDET/MM del 27 de agosto, 28 de septiembre y 30 de noviembre de 2009 respectivamente, y si debía ordenarse a la Municipalidad de Miraflores que otorgue una licencia de funcionamiento a favor de Viramar.
34. Siendo esto así, se observa que el proceso contencioso administrativo recaído en el Expediente 12232-2009-0-1801-JR-CA-03, no versó sobre la legalidad y/o razonabilidad de las normas cuestionadas en el presente procedimiento (Ordenanzas 920-MML y 1012-MML) sino que en este se evaluó determinados actos administrativos emitidos por la Municipalidad de Miraflores.
35. En tal sentido, la materia analizada en el Expediente Judicial 12232-2009-0-1801-JR-CA-03 diferiría respecto a lo denunciado por Viramar en el presente procedimiento administrativo, ya que -en este caso- lo que es materia de evaluación es la legalidad y/o razonabilidad de la prohibición de desarrollar el giro de "restaurante" impuesta por la MML en el Plano de Zonificación del distrito de Miraflores aprobado por la Ordenanza 920-MML y el Código H.55.2.0.03 del Anexo 1 de la Ordenanza 1012-MML²⁷.
36. De esta forma, el hecho de que Viramar hubiera cuestionado -en la vía del

²⁵ Adicionalmente, de las referidas normas se puede concluir que la Comisión y la Sala cuentan con facultades para disponer la inaplicación de aquellas barreras burocráticas respecto de las cuales se haya determinado su ilegalidad o carencia de razonabilidad en el procedimiento administrativo respectivo.

²⁶ Véase las fojas 160 al 178 del Expediente.

²⁷ Sobre este punto, en un anterior pronunciamiento, la Sala indicó que se entiende por "acto" a las declaraciones unilaterales emitidas por entidades de la Administración Pública con efectos jurídicos individuales o individualizables en los administrados y por "disposición" a las reglas establecidas por dichas entidades en ejercicio de función administrativa. Al respecto, véase la Resolución 1554-2013/SDC-INDECOPI del 19 de septiembre de 2013.

M-SDC-02/1A

14/46

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf.: 224 7800
e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0723-2017/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0046-2016/CEB

Quinientos
Once
000511

proceso contencioso administrativo²⁸- la prohibición de desarrollar el giro de "restaurante" materializada en actos administrativos emitidos por la Municipalidad de Miraflores, **no enerva su derecho a denunciar a través de un procedimiento de eliminación de barreras burocráticas -como es el presente caso- la prohibición contenida en diversas ordenanzas y solicitar su inaplicación.**

37. Finalmente, si bien la denunciada señaló que el Tercer Juzgado Permanente en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima habría concluido que la denunciante no podía cuestionar las Ordenanzas 920-MML y 1012-MML; lo cierto es que, el referido órgano judicial (en primera instancia) únicamente se pronunció sobre la validez de las Resoluciones 3236-2009-SCOM-GAC/MM, 3841-2009-SCOM-GAC/MM y 001-2009-GDET/MM, sin emitir una decisión sobre la legitimidad de Viramar para cuestionar la barrera burocrática cuestionada en el presente expediente.
38. En atención a lo expuesto, toda vez que la Comisión y la Sala cuentan con facultades para conocer la denuncia presentada por Viramar sobre la presunta ilegalidad y/o carencia de razonabilidad de la prohibición de desarrollar el giro de "restaurante" en la zona en la cual se ubica su inmueble (RDM), contenida en las Ordenanzas 920-MML y 1012-MML, corresponde desestimar el argumento de la Municipalidad de Miraflores en tal sentido.

III.5 Sobre el pedido de suspensión del procedimiento

²⁸ DECRETO SUPREMO 013-2008-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27584, LEY DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

Artículo 4.- Actuaciones impugnables

Conforme a las previsiones de la presente Ley y cumpliendo los requisitos expresamente aplicables a cada caso, procede la demanda contra toda actuación realizada en ejercicio de potestades administrativas.

Son impugnables en este proceso las siguientes actuaciones administrativas:

1. Los actos administrativos y cualquier otra declaración administrativa.
2. El silencio administrativo, la inercia y cualquier otra omisión de la administración pública.
3. La actuación material que no se sustenta en acto administrativo.
4. La actuación material de ejecución de actos administrativos que transgrede principios o normas del ordenamiento jurídico.
5. Las actuaciones u omisiones de la administración pública respecto de la validez, eficacia, ejecución o interpretación de los contratos de la administración pública, con excepción de los casos en que es obligatorio o se decida, conforme a ley, someter a conciliación o arbitraje la controversia.
6. Las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la administración pública.

Artículo 5.- Pretensiones

En el proceso contencioso administrativo podrán plantearse pretensiones con el objeto de obtener lo siguiente:

1. La declaración de nulidad, total o parcial o ineficacia de actos administrativos.
 2. El reconocimiento o restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de las medidas o actos necesarios para tales fines.
 3. La declaración de contraria a derecho y el cese de una actuación material que no se sustente en acto administrativo.
 4. Se ordene a la administración pública la realización de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo firme.
 5. La indemnización por el daño causado con alguna actuación impugnables, conforme al artículo 238 de la Ley N° 27444, siempre y cuando se plantee acumulativamente a alguna de las pretensiones anteriores.
- (...)

M-SDC-02/1A

15/46

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Tel: 224 7800

e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0723-2017/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0046-2016/CEB

Quinientos
Doce
00051.

39. El artículo 65 del Decreto Legislativo 807²⁸ dispone que los órganos resolutivos del Indecopi suspenderán la tramitación de los procedimientos que se siguen ante ellos en los siguientes supuestos: (i) cuando con anterioridad al procedimiento administrativo se haya iniciado un proceso judicial que verse sobre la misma materia; o, (ii) cuando surja una cuestión contenciosa que a criterio de la Sala o la Comisión precise de un pronunciamiento previo sin el cual no puede ser resuelto el asunto que se tramita ante el Indecopi.
40. El 26 de diciembre de 2016, la Municipalidad de Miraflores solicitó que se suspenda el presente procedimiento, debido a que -a su criterio- resultaba necesario que, previamente a la emisión de un pronunciamiento en el presente caso, se decida la cuestión controvertida en el marco del Expediente 0027-2010/CEB, ya que en dicho procedimiento se habría cuestionado la misma barrera burocrática.
41. Al respecto, de la revisión del Expediente 0027-2010/CEB se observa que, a diferencia del presente caso, dicho procedimiento se originó en mérito a la denuncia presentada por Viramar contra la Municipalidad de Miraflores por la presunta imposición de las siguientes barreras burocráticas:
- (i) La restricción para operar el giro de restaurante en el local ubicado en Calle Santa Isabel 376, Mz. 27, Lote 2, Urbanización Quebrada de Armendáriz, Miraflores; y,
 - (ii) la exigencia de los siguientes requisitos para obtener una licencia de funcionamiento: (a) revestimiento acústico del área de bar, (b) implementación de un área de fumadores, (c) encapsulamiento del área de máquinas e implementación de jebes para mitigar vibraciones, (d) licencia de construcción por las modificaciones realizadas para desarrollar la actividad de restaurante; y, (e) respetar el porcentaje de áreas libres que han sido techadas (jardines y patios).
42. Así, un primer punto que podría advertirse es que, entre el Expediente 1252-2010/SC1 y el presente caso, no se presenta identidad del sujeto denunciado.
43. De otro lado, tampoco se presenta identidad del objeto denunciado, dado que en el Expediente en Comisión 0027-2010/CEB (Expediente en Sala 1252-2010/SC1) Viramar indicó que las medidas descritas en el numeral 41 se

²⁸ DECRETO LEGISLATIVO 807. LEY SOBRE FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DEL INDECOPI
Artículo 65.- Los órganos funcionales de Indecopi suspenderán la tramitación de los procedimientos que ante ellos se siguen sólo en caso de que, con anterioridad al inicio del procedimiento administrativo, se haya iniciado un proceso judicial que verse sobre la misma materia, o cuando surja una cuestión contenciosa que, a criterio del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual o de la Comisión u Oficina respectiva, precise de un pronunciamiento previo sin el cual no puede ser resuelto el asunto que se tramita ante Indecopi.

M-SDC-02/1A

16/46

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf: 224 7800
e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0723-2011/SDC-INDECOP

EXPEDIENTE 0046-2016/CEB

Quinientos
Trece
000513

encontraban materializadas en (3) actuaciones administrativas³⁰.

44. En efecto, en el referido expediente, se cuestionó la imposición de una prohibición para desarrollar una actividad económica y diversas exigencias para obtener una licencia de funcionamiento, contenidas en las Resoluciones 3236-2009-SCOM-GAC/MM, 3841-2009-SCOM-GAC/MM y 001-2009-GDET/MM emitidas por la Municipalidad de Miraflores; mientras que, en el presente caso, lo cuestionado gira en torno a determinar la legalidad y razonabilidad de una prohibición materializada en el Plano de Zonificación del distrito de Miraflores aprobado por la Ordenanza 920-MML y en el Código CIUU H.55.2.0.03 del Anexo 1 de la Ordenanza 1012-MML, normas emitidas por la MML.
45. De esta forma, pese a que las presuntas barreras burocráticas cuestionadas en ambos procedimientos se encuentran vinculadas al desarrollo de la actividad económica de la denunciante ("restaurante"), **no se trata de la misma medida ni de las mismas partes**. Ello dado que, en el Expediente 0027-2010/CEB la denuncia fue efectuada "en concreto" y contra la Municipalidad de Miraflores; mientras que, en el presente caso, se está evaluando la presunta imposición de una barrera burocrática materializada en dos normas (esto es, "en abstracto"), emitidas por la MML.
46. Incluso, debe tomarse en cuenta que, en este caso, tampoco se verifica la causal de suspensión del procedimiento descrita en el numeral (i) del punto 39 anterior, toda vez que el Expediente 0027-2010/CEB no se trata de un proceso judicial.
47. Sobre este punto, en el trámite del presente caso, las partes han traído a colación la existencia de un proceso judicial (el correspondiente a Expediente Judicial 12232-2009-0-1801-JR-CA-03, citado en el acápite anterior). Con relación a este proceso, en la Resolución 0416-2011/SC1-INDECOP del 17 de febrero de 2011, la Sala suspendió el procedimiento recaído en el Expediente 0027-2010/CEB, toda vez que se identificó que existía identidad entre el referido procedimiento y el citado proceso judicial³¹.
48. Sin embargo, conforme se explicó anteriormente, ni la materia controvertida en el Expediente 0027-2010/CEB ni la recaída en el Expediente Judicial 12232-2009-0-1801-JR-CA-03, se refieren a la pretensión planteada en este

³⁰ Sobre este punto, véase los fundamentos 19 y 22 de la Resolución 0416-2011/SC1-INDECOP, emitida en el marco del referido procedimiento.

³¹ Es preciso señalar que, en la Resolución 0416-2011/SC1-INDECOP del 17 de febrero de 2011, la Sala de Defensa de la Competencia N° 1 (ahora, la Sala) resolvió suspender el procedimiento seguido bajo Expediente en Sala 1252-2010/SC1, ya que verificó Viramar había iniciado un proceso judicial contra la Municipalidad de Miraflores con anterioridad a la presentación a la denuncia que dio origen al referido caso. Asimismo, constató que la cuestión controvertida en ambos procedimientos era idéntica.

M-SDC-02/1A

17/46

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf.: 224 7800
e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0723-2017/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0046-2016/CEB

Quinientos
Catorce
000514

procedimiento.

49. Ello, toda vez que en dichos casos se evalúa la validez de determinadas actuaciones administrativas de la Municipalidad de Miraflores, mientras que en este caso es materia de análisis la prohibición contenida en las disposiciones emitidas por la MML (Ordenanzas 920-MML y 1012-MML). De esta forma, este proceso judicial tampoco podría sustentar una suspensión del procedimiento por la causal contenida en el numeral (i) del punto 39 de la presente resolución.
50. En similar sentido, tampoco se verifica la causal de suspensión del procedimiento descrita en el numeral (ii) del punto 39 de la presente resolución, debido a que, para determinar la legalidad y razonabilidad de la prohibición presuntamente contenida en las Ordenanzas 920-MML y 1012-MML (disposiciones administrativas), no resulta necesario evaluar previamente la validez de los actos en concreto emitidos por la Municipalidad de Miraflores (los cuales fueron cuestionados en el proceso judicial antes señalado).
51. En atención a lo antes expuesto, dado que en este caso no se verifica una causal de suspensión del presente procedimiento, corresponde desestimar el pedido formulado por Viramar en este extremo.

III.6 Metodología de análisis de las barreras

52. Con la finalidad de determinar si una barrera burocrática es ilegal y/o carente de razonabilidad, la Comisión y la Sala tienen la obligación de aplicar la metodología de análisis establecida en la Resolución 182-97-TDC³², la cual consiste en analizar lo siguiente:
 - (i) **La legalidad de la medida cuestionada:** se debe determinar si la barrera burocrática denunciada (exigencia, requisito, prohibición y/o cobro) ha sido impuesta: (a) por una entidad competente para ello, (b) respetando las formalidades y procedimientos establecidos para su aprobación y exigencia; y, (c) respetando el marco legal vigente. En caso se incumpla alguno de los supuestos antes mencionados, la barrera burocrática será declarada ilegal.
 - (ii) **Indicios de razonabilidad:** en caso la barrera burocrática denunciada supere el análisis de legalidad, la Comisión o la Sala debe determinar si la denunciante ha aportado indicios acerca de la carencia de razonabilidad de la medida impuesta.
 - (iii) **Justificación de la medida impuesta:** de existir indicios acerca de la

³² Cabe precisar que, dicha metodología es aplicable a los procedimientos que se admitieron a trámite con anterioridad al 8 de diciembre de 2016, como es el presente caso. Asimismo, sobre la vigencia del Decreto Ley 25868 y la Ley 28896, véase las notas al pie 22 y 23.

M-SDC-02/1A

18/46

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf.: 224 7800
e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0723-2017/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0046-2016/CEB

Quinientos
Quince
000515

presunta carencia de razonabilidad de la barrera burocrática cuestionada, la carga de la prueba se invierte, por lo que corresponde a la entidad denunciada acreditar lo siguiente:

- a) El interés público que justificó la medida impuesta y los beneficios para la comunidad que se esperaban obtener con ella;
- b) que las cargas impuestas sobre los administrados son adecuadas o razonables, teniendo en cuenta los fines que se pretenden alcanzar. Ello, implica haber evaluado la magnitud y proporcionalidad de los costos que los agentes económicos deben soportar, así como los efectos que tales cargas tendrían sobre las actividades productivas; y,
- c) que la exigencia cuestionada es la opción menos gravosa para conseguir el fin previsto, lo cual implica demostrar que se analizaron otras alternativas y las razones por las cuales fueron descartadas.

53. Cabe precisar que en caso la barrera burocrática denunciada supere dicho análisis, la medida cuestionada será legal y razonable.

III.7 Marco normativo sobre la regulación de la zonificación y usos del suelo

54. Sobre el particular, el artículo 195 de la Constitución señala que los gobiernos locales son competentes para planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones, incluyendo la zonificación, el urbanismo y el acondicionamiento territorial³³.

55. En esta línea, el artículo 42 de la Ley 27783, Ley de Bases de la Descentralización³⁴ (en adelante, la Ley 27783) establece que son competencias exclusivas de los gobiernos locales³⁵ las siguientes: (i) planificar

³³ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ**

Artículo 195.- Los gobiernos locales promueven el desarrollo y la economía local, y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo. Son competentes para:

(...)

6. Planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones, incluyendo la zonificación, urbanismo y el acondicionamiento territorial.

³⁴ **LEY 27783. LEY DE BASES DE LA DESCENTRALIZACIÓN**

Artículo 42.- Competencias exclusivas

a) Planificar y promover el desarrollo urbano y rural de su circunscripción, y ejecutar los planes correspondientes.

b) Normar la zonificación, urbanismo, acondicionamiento territorial y asentamientos humanos.

(...)

³⁵ **LEY 27783. LEY DE BASES DE LA DESCENTRALIZACIÓN**

Artículo 40.- Definición de municipalidades

Las municipalidades son órganos de gobierno local que se ejercen en las circunscripciones provinciales y distritales de cada una de las regiones del país, con las atribuciones, competencias y funciones que les asigna la Constitución Política, la Ley Orgánica de Municipalidades y la presente Ley. En la capital de la República el gobierno local lo ejerce la Municipalidad Metropolitana de Lima. En los centros poblados funcionan municipalidades conforme a ley.

M-SDC-02/1A

19/46

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf.: 224 7800

e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0723-2017/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0046-2016/CEB

Quinientos
Dieciséis
000516

y promover el desarrollo urbano y rural de su circunscripción, y ejecutar los planes correspondientes; y, (ii) normar la zonificación, urbanismo, acondicionamiento territorial y asentamientos humanos, entre otras.

56. Cabe indicar que, el artículo 44 del citado cuerpo normativo³⁶ establece que los niveles y funciones de las competencias exclusivas -en cuanto a normatividad, regulación, administración, ejecución, promoción, supervisión y control- se distribuirán en la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades (en adelante, la Ley 27972), según la jurisdicción provincial o distrital, norma en la que además se dispuso la asignación de un régimen especial a la MML³⁷.
57. Por su parte, el artículo 73 de la Ley 27972 establece entre las competencias y funciones específicas de las municipalidades provinciales, el planificar integralmente -en el nivel provincial- el desarrollo local y el ordenamiento territorial; así como la emisión de las normas técnicas generales en materia de organización del espacio físico y uso del suelo, lo cual comprende la zonificación, el catastro urbano y rural, acondicionamiento territorial, entre otros³⁸.
58. De otro lado, el artículo 79 de la Ley 27972³⁹ establece como competencia

³⁶ **LEY 27783. LEY DE BASES DE LA DESCENTRALIZACIÓN**
Artículo 44.- Distribución de competencias municipales
 44.1. Las competencias municipales señaladas en los artículos precedentes, se distribuyen en la Ley Orgánica de Municipalidades, según la jurisdicción provincial o distrital, precisando los niveles y funciones en cuanto a normatividad, regulación, administración, ejecución, promoción, supervisión y control.
 44.2. La misma Ley asigna un régimen especial a la Municipalidad Metropolitana de Lima.

³⁷ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ**
Artículo 198.- La Capital de la República no integra ninguna región. Tiene régimen especial en las leyes de descentralización y en la Ley Orgánica de Municipalidades. La Municipalidad Metropolitana de Lima ejerce sus competencias dentro del ámbito de la provincia de Lima. (...)

³⁸ **LEY 27972. LEY ORGÁNICA DE MUNICIPALIDADES**
Artículo 73.- Materias de competencia municipal
 La Ley de Bases de la Descentralización establece la condición de exclusiva o compartida de una competencia. Las funciones específicas municipales que se derivan de las competencias se ejercen con carácter exclusivo o compartido entre las municipalidades provinciales y distritales, con arreglo a lo dispuesto en la presente ley orgánica. Dentro del marco de las competencias y funciones específicas establecidas en la presente ley, el rol de las municipalidades provinciales comprende:
 (a) Planificar integralmente el desarrollo local y el ordenamiento territorial, en el nivel provincial.
 (...)
 (d) Emitir las normas técnicas generales, en materia de organización del espacio físico y uso del suelo así como sobre protección y conservación del ambiente.
 Las municipalidades, tomando en cuenta su condición de municipalidad provincial o distrital, asumen las competencias y ejercen las funciones específicas señaladas en el Capítulo II del presente Título, con carácter exclusivo o compartido, en las materias siguientes:
 1. Organización del espacio físico - Uso del suelo
 1.1. Zonificación.
 1.2. Catastro urbano y rural.
 1.3. Habitación urbana.
 1.4. Saneamiento físico legal de asentamientos humanos.
 1.5. Acondicionamiento territorial. (...)

³⁹ **LEY 27972. LEY ORGÁNICA DE MUNICIPALIDADES**
Artículo 79.- Organización del espacio físico y uso del suelo

M-SDC-02/1A

20/46

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf.: 224 7800

e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERU

Presidencia del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0723-2017/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0046-2016/CEB

Quinientos
Diecisiete
000517

específica y exclusiva de las municipalidades provinciales aprobar el Plan de Acondicionamiento Territorial (PAT) de nivel provincial, el Plan de Desarrollo Urbano (PDU), el Plan de Desarrollo Rural, el Esquema de Zonificación de áreas urbanas, el Plan de Desarrollo de Asentamientos Humanos y demás planes específicos de acuerdo con el Plan de Acondicionamiento Territorial.

- 59. De las normas citadas se puede concluir que, las municipalidades provinciales -a través de su Concejo Municipal⁴⁰- tienen competencia para aprobar ordenanzas sobre la zonificación que se aplicará en su ámbito de territorial, las cuales tomarán en cuenta la previa identificación de las áreas urbanas y de expansión urbana.
- 60. Cabe indicar que las disposiciones antes señaladas rigen también para la MML en todo lo que no se oponga al régimen especial establecido para dicha entidad, de acuerdo con lo indicado en el artículo 155 de la Ley 27972⁴¹.
- 61. Sin perjuicio de ello, en lo relativo a la MML⁴², el artículo 161 de la Ley 27972⁴³

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

- 1. Funciones específicas exclusivas de las municipalidades provinciales:
(...)
1.2.1. Aprobar el Plan de Desarrollo Urbano, el Plan de Desarrollo Rural, el Esquema de Zonificación de áreas urbanas, el Plan de Desarrollo de Asentamientos Humanos y demás planes específicos de acuerdo con el Plan de Acondicionamiento Territorial. (...)
(Subrayado agregado)

⁴⁰ **LEY 27972. LEY ORGÁNICA DE MUNICIPALIDADES**
Artículo 9.- Atribuciones del Concejo Municipal
Corresponde al concejo municipal:
(...)
4. Aprobar el Plan de Acondicionamiento Territorial de nivel provincial, que identifique las áreas urbanas y de expansión urbana; las áreas de protección o de seguridad por riesgos naturales; las áreas agrícolas y las áreas de conservación ambiental declaradas conforme a ley.
5. Aprobar el Plan de Desarrollo Urbano, el Plan de Desarrollo Rural, el Esquema de Zonificación de áreas urbanas, el Plan de Desarrollo de Asentamientos Humanos y demás planes específicos sobre la base del Plan de Acondicionamiento Territorial.
(...)
8. Aprobar, modificar o derogar las ordenanzas y dejar sin efecto los acuerdos. (...)

⁴¹ **LEY 27972. LEY ORGÁNICA DE MUNICIPALIDADES**
Artículo 155.- Aplicación de disposiciones generales
Las demás disposiciones de la presente ley rigen también para la Municipalidad Metropolitana de Lima y las municipalidades distritales de su jurisdicción en todo aquello que no se oponga expresamente al presente título.

⁴² **LEY 27972. LEY ORGÁNICA DE MUNICIPALIDADES**
Artículo 151.- Régimen Especial
La capital de la República tiene el régimen especial del presente título, de conformidad con el artículo 198 de la Constitución.
Dicho régimen especial otorga a la Municipalidad Metropolitana de Lima, en armonía con el artículo 198 de la Constitución y el artículo 33 de la Ley N° 27783, Ley de Bases de la Descentralización, competencias y funciones específicas irrestrictas de carácter local metropolitano y regional. (Subrayado agregado)

Artículo 152.- Sede y jurisdicción
La capital de la República es sede de la Municipalidad Metropolitana de Lima, la que ejerce jurisdicción exclusiva sobre la provincia de Lima en materias municipales y regionales.
(...)

⁴³ **LEY 27972. LEY ORGÁNICA DE MUNICIPALIDADES**

M-SDC-02/1A

21/46

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf: 224 7800
e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERU

Presidencia del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0723-2017/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0046-2016/CEB

Quinientos Dieciocho 000518

señala que, en materia de planificación, desarrollo urbano y vivienda, dicha entidad tiene competencias y funciones metropolitanas especiales para -entre otros- mantener y ampliar la infraestructura metropolitana; controlar el uso del suelo y determinar las zonas de expansión urbana; y, administrar y mantener actualizado el catastro metropolitano.

- 62. Asimismo, la MML -a través del Concejo Metropolitano- tiene competencia para -entre otros- aprobar planes y programas metropolitanos en materia de acondicionamiento territorial y urbanístico, infraestructura urbana, vivienda, planes y programas destinados a lograr el desarrollo integral y armónico de la capital de la República, así como el bienestar de los vecinos de su jurisdicción⁴⁴.
- 63. Como se desprende de las referidas normas, la MML tiene facultades para aprobar normas sobre planificación, urbanismo y vivienda, las cuales se aplican sobre el ámbito territorial de las municipalidades distritales ubicadas en el territorio de la provincia de Lima⁴⁵.
- 64. Es preciso indicar que, las municipalidades provinciales y la propia MML, deben observar obligatoriamente las normas en materia de urbanismo y desarrollo urbano que emite el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (en adelante, el Ministerio de Vivienda), en atención a lo dispuesto en los artículos

Artículo 161.- Competencias y funciones

La Municipalidad Metropolitana de Lima tiene las siguientes competencias y funciones metropolitanas especiales:

- 1. En materia de planificación, desarrollo urbano y vivienda
 - 1.1. Mantener y ampliar la infraestructura metropolitana;
 - 1.2. Controlar el uso del suelo y determinar las zonas de expansión urbana e identificar y adjudicar los terrenos fiscales, urbanos, eriazos y ribereños de su propiedad con fines urbanos;
 - (...)
 - 1.4. Administrar y mantener actualizado el catastro metropolitano;
 - (...)

⁴⁴ **LEY 27972. LEY ORGÁNICA DE MUNICIPALIDADES**

Artículo 157.- Atribuciones

Compete al Concejo Metropolitano:

- (...)
- 2. Dictar ordenanzas sobre asuntos municipales y regionales, dentro de su ámbito territorial, las cuales tendrán alcance, vigencia y preeminencia metropolitana;
- (...)
- 11. Aprobar normas necesarias para implementar la integración de las Municipalidades Distritales ubicadas en la Provincia de Lima en la Municipalidad Metropolitana de Lima, de acuerdo al desarrollo de los planes y programas metropolitanos en forma integral y armónica;
- 12. Aprobar planes y programas metropolitanos en materia de acondicionamiento territorial y urbanístico, infraestructura urbana, vivienda, seguridad ciudadana, población, salud, protección del medio ambiente, educación, cultura, conservación de monumentos, turismo, recreación, deporte, abastecimiento, comercialización de productos, transporte, circulación, tránsito y participación ciudadana, planes y programas destinados a lograr el desarrollo integral y armónico de la capital de la República, así como el bienestar de los vecinos de su jurisdicción. Los planes y programas metropolitanos relacionados con inmuebles integrantes del patrimonio cultural de la Nación deberán contar con opinión favorable previa del Instituto Nacional de Cultura; (...)

⁴⁵ **LEY 27972. LEY ORGÁNICA DE MUNICIPALIDADES**

Artículo 154.- Municipalidades distritales

La Municipalidad Metropolitana de Lima ejerce jurisdicción, en las materias de su competencia, sobre las municipalidades distritales ubicadas en el territorio de la provincia de Lima.
(...)

M-SDC-02/1A

22/46

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf.: 224 7800

e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0723-2017/SDC-INDECOPÍ

EXPEDIENTE 0046-2016/CEB

000519

*Viviendas
Dianee*

5 y 6 de la Ley 30156, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (en adelante, la Ley 30156)⁴⁶.

65. Una de las normas que el Ministerio de Vivienda ha aprobado -en ejercicio de las facultades antes señaladas- es el Decreto Supremo 022-2016-VIVIENDA, que aprueba el Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbana Sostenible⁴⁷ (en adelante, el Decreto Supremo 022-2016-VIVIENDA), el cual regula los procedimientos técnicos y administrativos que deben seguir las municipalidades a nivel nacional, a fin de ejercer sus competencias en materia de planeamiento, gestión del suelo, acondicionamiento territorial, así como desarrollo urbano y rural⁴⁸.

⁴⁶ **LEY 30156. LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO**

Artículo 5.- Ámbito de competencia.-

El Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento tiene competencias en las siguientes materias:

(...)

4. Urbanismo y desarrollo urbano.
5. Bienes estatales.
6. Propiedad urbana.

Artículo 6.- Competencias exclusivas.-

El Ministerio de Vivienda Construcción y Saneamiento es el órgano rector de las políticas nacionales y sectoriales dentro de su ámbito de competencia, que son de obligatorio cumplimiento por los tres niveles de gobierno en el marco del proceso de descentralización, y en todo el territorio nacional.

Tiene como competencias exclusivas las siguientes:

1. Formular, planear, dirigir, coordinar, ejecutar, supervisar y evaluar la política nacional y sectorial, bajo su responsabilidad.
- (Subrayado agregado)

(Cabe indicar que la Ley 27792, anterior Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, derogada por la Única Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley 30156 del 19 de enero de 2014, también señalaba que el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento era la entidad competente para regular en materia de urbanismo, desarrollo urbano y saneamiento).

⁴⁷ **DECRETO SUPREMO 022-2016-VIVIENDA. REGLAMENTO DE ACONDICIONAMIENTO TERRITORIAL Y DESARROLLO URBANO**

Artículo 1.- Objeto

El presente Reglamento tiene por objeto regular los procedimientos técnicos que siguen los Gobiernos Locales a nivel nacional, en el ejercicio de sus competencias en materia de planeamiento y gestión del suelo, de acondicionamiento territorial y de desarrollo urbano de sus circunscripciones, a fin de garantizar:

1. La ocupación racional y sostenible de los centros poblados urbanos y rurales, así como de sus ámbitos de influencia.
2. La armonía entre el ejercicio del derecho de propiedad predial y el interés público.
3. La reducción de la vulnerabilidad ante desastres, a fin de prevenir y atender de manera oportuna las condiciones de riesgos y contingencias físico - ambientales.
4. La coordinación de los diferentes niveles de gobierno: Nacional, Regional y Local, para facilitar la participación del sector privado en la gestión pública local.
5. La distribución equitativa de los beneficios y cargas que se deriven del uso del suelo.
6. La seguridad y estabilidad jurídica para la inversión inmobiliaria.
7. La eficiente dotación de servicios a la población.

Artículo 3.- Función planificadora

Los Gobiernos Locales tienen la función de planificar el desarrollo integral de sus circunscripciones, en concordancia con los planes y las políticas nacionales, sectoriales y regionales, promoviendo las inversiones, así como la participación de la ciudadanía, conforme al presente Reglamento.

⁴⁸ **DECRETO SUPREMO 022-2016-VIVIENDA. REGLAMENTO DE ACONDICIONAMIENTO TERRITORIAL Y DESARROLLO URBANO**

Artículo 4.- Definiciones

Para efectos de la aplicación del presente Reglamento se entiende como:

M-SDC-02/1A

23/46

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf: 224 7800

e-mail: consultar@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0723-2017/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0046-2016/CEB

000520

Quinientos
Veinte

66. Adicionalmente, el Decreto Supremo 022-2016-VIVIENDA contiene los procedimientos técnicos, criterios y parámetros que los gobiernos locales deben considerar en la formulación, aprobación, implementación y modificación de los instrumentos de planificación y gestión urbana, contemplados en el referido cuerpo normativo⁴⁹.
67. Ello significa que los gobiernos locales deben observar las normas nacionales no solo en la aprobación de su PAT, PDU, Plan de Desarrollo Metropolitano (PDM) y otros planes específicos⁵⁰, sino al emitir instrumentos técnicos normativos de gestión urbana, como es el caso de la zonificación.
68. En efecto, el artículo 99 del Decreto Supremo 022-2016-VIVIENDA⁵¹ establece que la zonificación es el instrumento técnico normativo de gestión urbana que contiene el conjunto de normas técnicas urbanísticas para la regulación del uso y la ocupación del suelo⁵², para localizar actividades con fines sociales y

1. Acondicionamiento Territorial: Proceso técnico - administrativo, mediante el cual el Gobierno Local dirige la ocupación racional y uso planificado del territorio y la organización físico - espacial de las actividades humanas. (...)

⁴⁹ **DECRETO SUPREMO 022-2016-VIVIENDA. REGLAMENTO DE ACONDICIONAMIENTO TERRITORIAL Y DESARROLLO URBANO**

Artículo 2.- Ámbito de aplicación

Los procedimientos que se desarrollan en el presente Reglamento son de aplicación obligatoria a los Gobiernos Locales a nivel nacional.

Esta norma contiene los procedimientos técnicos, criterios y parámetros que los Gobiernos Locales deben considerar en la formulación, aprobación, implementación y modificación de los instrumentos de planificación urbana y en los instrumentos de gestión urbana contemplados en el presente Reglamento.

⁵⁰ **DECRETO SUPREMO 022-2016-VIVIENDA. REGLAMENTO DE ACONDICIONAMIENTO TERRITORIAL Y DESARROLLO URBANO**

Artículo 12.- Instrumentos de Acondicionamiento Territorial y de Desarrollo Urbano

Los Gobiernos Locales, en materia de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano, aprueban los siguientes instrumentos:

12.1 El Plan de Acondicionamiento Territorial - PAT, corresponde a los ámbitos urbanos y rurales de las provincias, cuencas o espacios litorales.

12.2 Los Planes de Desarrollo Urbano que comprenden:

1. El Plan de Desarrollo Metropolitano - PDM, para la Metrópoli Nacional y ciudades o conglomerados urbanos, considerados Metrópolis Regionales.

2. El Plan de Desarrollo Urbano - PDU, para ciudades o conglomerados urbanos cuya población está por encima de los 5,000 habitantes.

3. El Esquema de Ordenamiento Urbano - EU, para centros poblados hasta los 5,000 habitantes.

4. El Plan Específico - PE, para sectores urbanos.

5. El Planeamiento Integral - PI, para predios rústicos.

⁵¹ **DECRETO SUPREMO 022-2016-VIVIENDA. REGLAMENTO DE ACONDICIONAMIENTO TERRITORIAL Y DESARROLLO URBANO**

Artículo 99.- Definición de zonificación

99.1 La zonificación es el instrumento técnico normativo de gestión urbana que contiene el conjunto de normas técnicas urbanísticas para la regulación del uso y la ocupación del suelo en el ámbito de actuación y/o intervención de los Planes de Desarrollo Urbano, en función a los objetivos de desarrollo sostenible, a la capacidad de soporte del suelo y a las normas pertinentes, para localizar actividades con fines sociales y económicos como vivienda, recreación, protección y equipamiento; así como, la producción industrial, comercio, transportes y comunicaciones. (...)

⁵² **DECRETO SUPREMO 022-2016-VIVIENDA. REGLAMENTO DE ACONDICIONAMIENTO TERRITORIAL Y DESARROLLO URBANO**

Artículo 4.- Definiciones

M-SDC-02/1A

24/46

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf.: 224 7800

e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0723-2017/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0046-2016/CEB

Quinientos
Veintuno
000521

económicos como vivienda, recreación, protección y equipamiento; así como, la producción industrial, comercio, transportes y comunicaciones.

69. De acuerdo a lo establecido en el artículo 100 del Decreto Supremo 022-2016-VIVIENDA⁵³, la zonificación tiene por objeto regular el ejercicio del derecho de propiedad predial respecto del uso y ocupación del suelo urbano, subsuelo urbano y sobresuelo urbano, la cual se concreta en planos de Zonificación Urbana, Reglamento de Zonificación (parámetros urbanísticos y edificatorios para cada zona); y, en el Índice de Usos para la Ubicación de Actividades Urbanas (en adelante, el Índice de Usos).
70. Finalmente, cabe indicar que, la identificación de los usos del suelo y la compatibilidad de las distintas zonas urbanas se efectúa según el PDU (en el caso de Lima Metropolitana, según el PDM), aplicando las denominaciones y características aprobadas por cada municipalidad provincial⁵⁴.
71. En atención a lo expuesto, esta Sala ha podido advertir que las municipalidades provinciales (y, en el caso de Lima Metropolitana, la MML) son las entidades competentes para normar en materia de zonificación, debiendo respetar lo dispuesto en la normativa nacional vigente, particularmente, las reglas señaladas por el Ministerio de Vivienda en el Decreto Supremo 022-2016-VIVIENDA.

Para efectos de la aplicación del presente Reglamento se entiende como:

(...)

14. Ocupación del territorio: Proceso de posesión del espacio físico con carácter permanente por parte de la sociedad. Está relacionado con dos aspectos:

a) La ocupación del territorio por la población, a través de sus organizaciones económicas, culturales, entre otros, es decir como sociedad.

b) El sentido económico y residencial de la ocupación del territorio, el cual se sustenta en el valor de uso que la sociedad asigna a los recursos naturales con fines de producción o residencia.

(...)

19. Territorio: Es el espacio que comprende el suelo, el subsuelo, el dominio marítimo, y el espacio aéreo que los cubre y en el que se desarrollan relaciones sociales, económicas, políticas y culturales entre las personas y el entorno natural, en un marco legal e institucional.

20. Uso del suelo: Destino dado por la población al territorio, tanto urbano como rural, para satisfacer sus necesidades de vivienda, de esparcimiento, de producción, de comercio, culturales, de circulación y de acceso a los servicios. (...)

⁵³ **DECRETO SUPREMO 022-2016-VIVIENDA. REGLAMENTO DE ACONDICIONAMIENTO TERRITORIAL Y DESARROLLO URBANO**

Artículo 100.- Objeto de la zonificación

100.1 La zonificación tiene por objeto regular el ejercicio del derecho de propiedad predial respecto del uso y ocupación del suelo urbano, subsuelo urbano y sobresuelo urbano. Se concreta en planos de Zonificación Urbana, Reglamento de Zonificación (parámetros urbanísticos y edificatorios para cada zona); y, en el Índice de Usos para la Ubicación de Actividades Urbanas, según lo señalado en los Cuadros Resumen de Zonificación del Anexo N° 02.

100.2 Las restricciones al uso de suelo no consideradas en la zonificación aprobada en PDU sólo se establecen a través de una norma con rango de Ordenanza.

⁵⁴ **DECRETO SUPREMO 022-2016-VIVIENDA. REGLAMENTO DE ACONDICIONAMIENTO TERRITORIAL Y DESARROLLO URBANO**

Artículo 102.- Aplicación de la zonificación

102.1 La identificación de los usos del suelo y la compatibilidad con las distintas zonas urbanas se efectúa según el PDU, aplicando las denominaciones y características aprobadas por cada Municipalidad Provincial, de acuerdo al Anexo N° 02.

(...)

M-SDC-02/1A

25/46

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf.: 224 7800

e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0723-2017/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0046-2016/CEB

Quinientas
Veintidas
000522

III.8 Sobre la evaluación de la procedencia de la denuncia

72. Conforme se explicó en el numeral 6 de la presente resolución, Viramar cuestionó la prohibición de desarrollar el giro de "restaurante", en la zona donde se ubica su inmueble, contenida en dos normas (Ordenanzas 920-MML y 1012-MML). En ese sentido, lo denunciado por Viramar no se trata de dos barreras burocráticas distintas, sino de una sola medida materializada en dos disposiciones administrativas.
73. Por tanto, a continuación, corresponde evaluar si la referida prohibición se encuentra contenida en tales normas; y, por ende, si lo señalado en estas disposiciones legales califica como una presunta barrera burocrática ilegal o carente de razonabilidad.

III.8.1 Sobre la prohibición contenida en la Ordenanza 920-MML

74. Mediante Resolución 0368-2016/CEB-INDECOPI del 20 de mayo de 2016, la Comisión concluyó que no resultaba competente para conocer la calificación de la zonificación en la cual se encontraba ubicado el inmueble de la denunciante, contenida en la Ordenanza 920-MML, toda vez que dicha norma no regulaba una actividad económica ni dicha calificación se encontraba incluida en la definición de barrera burocrática.
75. En apelación, Viramar indicó que los artículos 26BIS del Decreto Ley 25868 y 2 de la Ley 28996 no establecen como parte de la definición de barrera burocrática, el que la actuación de la MML deba estar "destinada a regular una actividad económica". Así, en su opinión, la primera instancia no debía renunciar al ejercicio de sus facultades para conocer la presente denuncia, ya que ello vulneraba el principio de predictibilidad administrativa⁵⁵.
76. Por su parte, el 26 de diciembre de 2016, la Municipalidad de Miraflores ha señalado que, a su criterio, la Ordenanza 920-MML no regula una actividad

⁵⁵ DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444. LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

Título Preliminar

Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(...)

1.15. Principio de predictibilidad o de confianza legítima.- La autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo momento, el administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener.

Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos.

La autoridad administrativa se somete al ordenamiento jurídico vigente y no puede actuar arbitrariamente. En tal sentido, la autoridad administrativa no puede variar irrazonable e inmotivadamente la interpretación de las normas aplicables.

(...)

M-SDC-02/1A

26/46

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf.: 224 7800

e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0723-2017/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0046-2016/CEB

Quinientos
Veintitrés
000523

económica.

77. Sobre el particular, a la luz de lo establecido en los artículos 26BIS del Decreto Ley 25868 y 2 de la Ley 28996⁵⁶, la Sala ha señalado que las barreras burocráticas son cualquier exigencia, requisito, prohibición o cobro impuesta por una entidad de la Administración Pública para la realización de una actividad económica, que pueden estar contenidas en un acto o una disposición, limitando la competitividad empresarial en el mercado, o afectando los principios y normas de simplificación administrativa⁵⁷.
78. En tal sentido, resulta necesario evaluar si la disposición administrativa cuestionada (Ordenanza 920-MML) regula la realización de una actividad económica y de esta manera limita la competitividad empresarial, imponiendo la presunta restricción materia de denuncia para operar el giro de "restaurante". Teniendo en cuenta ello, podrá evaluarse si se ha producido una vulneración al principio de predictibilidad por parte de la Comisión.
79. Al respecto, conforme se precisó en el numeral 27 de la presente decisión, Viramar cuestionó la prohibición de desarrollar el giro de "restaurante" en la zona en la cual se ubica su establecimiento, contenida en el Plano de Zonificación del distrito de Miraflores aprobado por el artículo 1 de la referida ordenanza⁵⁸.
80. En lo relativo a la zona en la cual se ubica el local comercial de la denunciante, el referido plano establece lo siguiente:

VÉASE LA IMAGEN EN LA SIGUIENTE
PÁGINA

⁵⁶ Véase las notas al pie 22 y 23.

⁵⁷ Al respecto, véase las Resoluciones 1026-2012/SC1-INDECOPI del 25 de abril de 2012, 1556-2012/SC1-INDECOPI del 18 de julio de 2012, 1232-2013/SDC-INDECOPI del 31 de julio de 2012, 1554-2013/SDC-INDECOPI del 19 de septiembre de 2013, entre otras.

⁵⁸ ORDENANZA 920-MML. QUE APRUEBA EL REAJUSTE INTEGRAL DE LA ZONIFICACIÓN DE LOS USOS DEL SUELO DEL DISTRITO DE MIRAFLORES CONFORMANTE DEL ÁREA DE TRATAMIENTO NORMATIVO III DE LIMA METROPOLITANA
"Artículo 1.- Plano de Zonificación de los Usos del Suelo:
Aprobar el Plano de Zonificación de los Usos del Suelo del distrito de Miraflores, conforme del Área de Tratamiento Normativo III de Lima Metropolitana (Plano N° 01), el mismo que es parte de la presente Ordenanza como Anexo N° 01. Este Plano de Zonificación no define límites distritales.

M-SDC-02/1A

27/46

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Tel: 224 7800

e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERU

Presidencia del Consejo de Ministros

INDECOPI

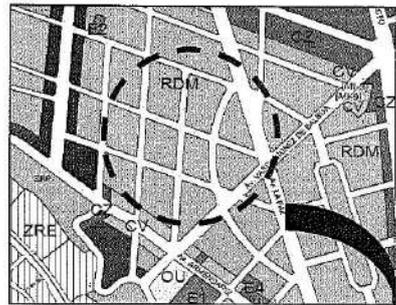
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0723-2017/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0046-2016/CEB

Quinientos Veinticuatro 000524

ANEXO 1 DE LA ORDENANZA 920-MML – PLANO DE ZONIFICACIÓN DE LOS USOS DEL SUELO DEL DISTRITO DE MIRAFLORES



Zona en la cual se ubica el inmueble de la denunciante: Calle Santa Isabel 376 - Miraflores

| ZONAS RESIDENCIALES | |
|--|----------------------------------|
| RDB | Residencial de Densidad Baja |
| RDM | Residencial de Densidad Media |
| RDA | Residencial de Densidad Alta |
| RDBA | Residencial Densidad Muy Alta |
| ZONAS COMERCIALES | |
| CV | Comercio Vecinal |
| CE | Comercio Central |
| CM | Comercio Metropolitanano |
| ZONAS DE EQUIPAMIENTO | |
| E1 | Educación Básica |
| E2 | Educación Superior Tecnológica |
| E3 | Educación Superior Universitaria |
| E4 | Educación Superior Post-Grado |
| H1 | Centro de Salud |
| H2 | Hospital General |
| H3 | Hospital Especializado |
| CRP | Zona de Recreación Pública |
| DU | Usos Especiales |
| ZRE | Zona de Regeneración Especial |
| --- Límite de Área de Tratamiento Normativo Diferenciado | |
| --- Límite de Zona Normamental | |

81. Como se puede observar, el Anexo 1 de la Ordenanza 920-MML establece que, en el área en la cual se encuentra ubicado el inmueble de la denunciante, la zonificación que corresponde es la RDM.
82. Sobre este punto, el artículo 101 del Decreto Supremo 022-2016-VIVIENDA⁸⁹, norma de aplicación obligatoria por todos los gobiernos locales, define por "Zona Residencial" aquella área urbana destinada predominantemente a fines de vivienda, permitiendo además otros usos compatibles
83. En ese sentido, se puede concluir que el Plano de Zonificación del distrito de Miraflores aprobado por la Ordenanza 920-MML únicamente clasifica el uso del suelo⁹⁰ de la zona en la cual se ubica el establecimiento de Viramar. Así, contrariamente a lo alegado por la denunciante, la normativa en cuestión no tiene por objeto regular una actividad económica ni establece en sí misma una prohibición para realizar un giro comercial en particular.
84. Por el contrario, de la propia definición de zonificación Residencial (que

⁸⁹ DECRETO SUPREMO 022-2016-VIVIENDA. REGLAMENTO DE ACONDICIONAMIENTO TERRITORIAL Y DESARROLLO URBANO

Artículo 101.- Clasificación de las zonas de uso del suelo, subsuelo y sobre suelo
101.1 De acuerdo con las características determinadas en los estudios correspondientes se consigna las zonas de uso del suelo para las Áreas Urbanas y Áreas Urbanizables Inmediatas siguientes: 1. Residencial (R): Área urbana destinada predominantemente al uso de vivienda, permitiendo además otros usos compatibles. Los planos de zonificación consignan: Zona de Densidad Alta (RDA), Zona de Densidad Media (RDM) y Zona de Densidad Baja (RDB). (...)

⁹⁰ Véase la nota al pie 53.

M-SDC-02/1A

28/46



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0723-2017/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0046-2016/CEB

000525
Quinientos
Veinticinco

comprende la sub-clasificación RDM) establecida en el Decreto Supremo 022-2016-VIVIENDA, se desprende que en dicha área el uso de los predios no solo se encuentra limitado al de vivienda, sino que admite otros usos compatibles⁶¹.

85. Por ende, no es posible afirmar que la restricción denunciada (restricción para operar el giro de "restaurante") haya sido establecida en el Plano de Zonificación del distrito de Miraflores aprobado por la Ordenanza 920-MML y que, por ende, tal norma contenga alguna una barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad.
86. Al respecto, cabe señalar que, de acuerdo con lo establecido en el marco normativo desarrollado en el acápite III.7 anterior⁶², las competencias conferidas la Comisión y a la Sala para evaluar la legalidad y carencia de razonabilidad de una barrera burocrática (y, disponer su inaplicación), no habilitan a revisar cualquier medida impuesta por una entidad de la Administración Pública, sino únicamente aquellas que tengan como finalidad establecer condiciones para que los agentes económicos puedan acceder o permanecer en el mercado, o su caso, supongan una afectación a los principios y normas de simplificación administrativa⁶³.
87. Sobre este punto, la denunciante alegó que -a su criterio- la zonificación tiene por objeto regular actividades económicas, ya que determina los usos que los particulares pueden dar a sus inmuebles. Agregó que, de no aceptarse tal razonamiento, ni la Comisión ni la Sala tendrían facultades para pronunciarse en materia de vehículos o medicamentos, ya que se tratarían de regulaciones sobre bienes propiamente, mas no "relacionadas a actividades económicas".
88. Al respecto, conforme se desarrolló en el acápite III.7 de la presente decisión, la zonificación es un instrumento técnico de gestión urbana que comprende varios documentos sobre la materia. Uno de dichos documentos es el Plano de Zonificación Urbana, el cual no establece la delimitación del uso de establecimientos o actividades, sino que se limita a clasificar las zonas de determinado ámbito territorial.
89. En consecuencia, a diferencia de lo indicado por la denunciante, del Plano de Zonificación del distrito de Miraflores, aprobado por la Ordenanza 920-MML no se desprende que dicha norma -en efecto- regule alguna actividad económica

⁶¹ Sobre este punto, es preciso indicar que, el artículo 8 de la Ordenanza 920-MML, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 30 de marzo de 2006, complementa la regulación sobre la compatibilidad de usos del suelo en el distrito de Miraflores, estableciendo que -entre otros- la edificación o funcionamiento de "Comercios Locales" es compatible en Zonas Residenciales de dicho distrito; ello, sin señalar y/o excluir específicamente algún giro en particular.

⁶² Véase las notas al pie 22 y 23.

⁶³ Al véase las Resoluciones 0186-2016/SDC-INDECOPI del 15 de abril de 2016, 0317-2016/SDC-INDECOPI del 16 de junio de 2016 y 0388-2016/SDC-INDECOPI del 20 de julio de 2016, entre otras.

M-SDC-02/1A

29/46

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Calle De la Presa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf.: 224 7800
e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0723-2017/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0046-2016/CEB

Quinientos
Veintiseis
000526

o que incluso contenga la restricción de desarrollar determinado giro comercial. Por el contrario, conforme se señaló anteriormente, la clasificación "Residencial" permite la realización de actividades ompatibles.

90. Por otra parte, cabe indicar que, en los casos que la Comisión y la Sala se han pronunciado sobre alguna normativa sobre transportes de personas o mercancías o respecto a regulaciones relacionadas con la salud humana, estas normas no se han limitado a definir qué se debe entender por tal actividad, sino que han impuesto una exigencia, requisito, prohibición o cobro para realizar dichas actividades económicas o han condicionado la actividad en sí misma⁶⁴ (por ejemplo, la exigencia de obtener una carta fianza a fin de obtener una autorización para funcionar como escuela de conductores, la exigencia de obtener un carné sanitario para prestar servicios en establecimientos farmacéuticos, etc.).
91. En ese sentido, toda vez que en el presente caso – a diferencia de los antes indicados – la Ordenanza 920-MML no contiene la prohibición de una actividad económica, corresponde desestimar los argumentos de apelación de Viramar en tales extremos.
92. De otro lado, en apelación, la denunciante ha alegado que la zonificación RDM establecida en la Ordenanza 920-MML incide directamente en su actividad económica, ya que le impide desarrollar el giro de "restaurante" en su establecimiento comercial ubicado en Calle Santa Isabel 376 – Miraflores.
93. Sobre el particular, si bien el Plano de Zonificación del distrito de Miraflores aprobado por la Ordenanza 920-MML otorga una calificación al área en la cual se encuentra ubicado el inmueble de la denunciante (RDM); lo cierto es que dicho plano no contiene una prohibición para desarrollar una actividad económica específica en dicha zona (como podría ser el giro de "restaurante").
94. Finalmente, en apelación, la denunciante argumentó que el pronunciamiento de la primera instancia contradecía el razonamiento que la Sala había desarrollado en casos anteriores. Por tanto, a su criterio, la Comisión habría vulnerado el principio de predictibilidad.
95. De la revisión de los casos citados⁶⁵ por Viramar, se puede advertir que si bien versan respecto a prohibiciones para desarrollar una actividad económica en particular ("diseñadores de moda", "salón de recepciones" y "enseñanza"), las normas cuestionadas en tales casos -a diferencia de la evaluada en el marco del presente procedimiento- sí regulaban actividades económicas, al constituir

⁶⁴ Al respecto, véase las Resoluciones 618-2017/SDC-INDECOPI del 3 de noviembre de 2017, 0142-2017/SDC-INDECOPI del 14 de marzo de 2017, 0276-2016/SDC-INDECOPI del 26 de mayo de 2016, entre otras.

⁶⁵ Véase la nota al pie 11.

M-SDC-02/1A

30/46

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf.: 224 7800
e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0723-2017/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0046-2016/CEB

000527
Quinientos
Veintisiete

disposiciones sobre usos comerciales permitidos. Por tanto, no se verifica una transgresión al principio de predictibilidad conforme alego la denunciante.

96. Finalmente, toda vez que la disposición cuestionada por Viramar no establece una condición para realizar una actividad económica, sino que únicamente define la calificación del uso del suelo en el cual se encuentra ubicado el inmueble de la denunciante (otorgándole la calificación de Zonificación RDM); el cuestionamiento de Viramar contenido en la Ordenanza 920-MML no constituye una barrera burocrática en los términos establecidos en el artículo 26BIS del Decreto Ley 25868 y el artículo 2 de la Ley 28996.
97. En atención a lo antes expuesto, corresponde confirmar bajo otros fundamentos, la Resolución 0368-2016/CEB-INDECOPI del 22 de julio de 2016, por la cual la Comisión declaró improcedente la denuncia contra la MML en este extremo.

III.8.2 Sobre la prohibición contenida en la Ordenanza 1012-MML

98. Mediante Resolución 0368-2016/CEB-INDECOPI del 22 de julio de 2016, la Comisión declaró improcedente la denuncia en el extremo que se cuestionó el Código CIUU H.55.2.0.03 del Anexo 1 de la Ordenanza 1012-MML, toda vez que -a su criterio- Viramar pretendía la inclusión del giro de "restaurante" en las zonas del distrito de Miraflores calificadas como RDM, lo cual excedía el ámbito de sus competencias.
99. En apelación, la denunciante indicó que, si bien la consecuencia final de este procedimiento podría ser que la MML y la Municipalidad de Miraflores se encontraran impedidas de aplicarle la prohibición denunciada, no ha cuestionado la supuesta omisión de la inclusión del giro de "restaurante" para la zonificación RDM.
100. Sobre el particular, en el acápite III.7 de la presente resolución, se evidenció que Viramar denunció la prohibición de desarrollar el giro de "restaurante" en la zona en la cual se ubica su inmueble⁶⁶, contenida en el Código CIUU H.55.2.0.03 del Anexo 1 de la Ordenanza 1012-MML, como una presunta barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad. Así, a diferencia de lo sostenido por la primera instancia, **Viramar no ha denunciado a la MML por haber omitido realizar una actuación a su cargo**, como podría ser – por ejemplo – la falta de evaluación de una solicitud de otorgamiento de una licencia de funcionamiento, supuesto que no constituiría una barrera burocrática⁶⁷.

⁶⁶ Al respecto, las partes han afirmado que el inmueble de la denunciante se encuentra ubicado en el Sector B del distrito de Miraflores.

⁶⁷ Sobre este punto, véase la Resolución 0575-2017/SDC-INDECOPI del 13 de octubre de 2017.

M-SDC-02/1A

31/46

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf.: 224 7800
e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0723-2017/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0046-2016/CEB

000523
Quinto
Veintuno

de usos); y, correlativamente, supone una condición que las municipalidades evalúan al momento de otorgar licencias de funcionamiento⁶⁹.

104. Considerando la naturaleza de este instrumento de gestión urbana, a diferencia de lo establecido en el Anexo 1 de la Ordenanza 920-MML, el Índice de Usos del distrito de Miraflores aprobado por la Ordenanza 1012-MML no solo otorga un código al giro de "restaurante", sino que además señala que dicha actividad constituye un "uso no conforme" en determinadas áreas del Sector B del referido distrito (entre las cuales se encuentra la zonificación RDM).
105. Siendo entonces que dicha restricción se encuentra contenida en la Ordenanza 1012-MML -emitida por una entidad de la Administración Pública, en este caso la MML- y tiene por objeto regular los usos comerciales permitidos en el distrito de Miraflores, se encuadra dentro de la definición de barrera burocrática establecida en los artículos 26BIS del Decreto Ley 25868 y 2 de la Ley 28996⁷⁰.
106. En atención a lo antes expuesto, se puede concluir que -contrariamente a lo decidido por la Comisión en la resolución impugnada- este extremo de la denuncia presentada contra la MML sí es procedente, ya que la prohibición denunciada por Viramar contenida en el Código CIUU H.55.2.0.03 del Anexo 1 de la Ordenanza 1012-MML califica como una presunta barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad.
107. Considerando ello y en atención a los principios de simplicidad e impulso de oficio⁷¹ que inspiran el procedimiento administrativo, la Sala procederá

⁶⁹ LEY 28976. LEY MARCO DE LICENCIA DE FUNCIONAMIENTO

Artículo 2.- Definiciones.-

Para los efectos de la presente Ley, se aplicarán las siguientes definiciones:

Compatibilidad de uso.- Evaluación que realiza la entidad competente con el fin de verificar si el tipo de actividad económica a ser desarrollada por el interesado resulta o no compatible con la categorización del espacio geográfico establecido en la zonificación vigente.
(...)

Artículo 3.- Licencia de funcionamiento.-

Autorización que otorgan las municipalidades para el desarrollo de actividades económicas en un establecimiento determinado, en favor del titular de las mismas.
(...)

Artículo 6.- Evaluación de la entidad competente.-

Para el otorgamiento de la licencia de funcionamiento, la municipalidad evaluará los siguientes aspectos:

- Zonificación y compatibilidad de uso.

- Condiciones de Seguridad en Defensa Civil, cuando dicha evaluación constituya facultad de la municipalidad.

Cualquier aspecto adicional será materia de fiscalización posterior.

⁷⁰ Cabe indicar que, en anteriores pronunciamientos, la Sala ya se ha pronunciado sobre prohibiciones contenidas en índices de uso. Al respecto, véase las Resoluciones 0236-2017/SDC-INDECOPI del 27 de abril de 2017, 0390-2017/SDC-INDECOPI del 10 de julio de 2017, entre otras.

⁷¹ DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(...)

M-SDC-02/1A

33/46

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf.: 224 7800

e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0723-2017/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0046-2016/CEB

Quince
treinta
000330

seguidamente, a evaluar el fondo de la referida denuncia.

III.9. Sobre la legalidad de la prohibición contenida en la Ordenanza 1012-MML

108. En el presente caso, Viramar cuestionó la prohibición de desarrollar el giro de "restaurante" en la zona en la cual se ubica su inmueble⁷², contenida en el Código CIUU H.55.2.0.03 del Anexo 1 de la Ordenanza 1012-MML. A su criterio, dicha restricción vulneraría los principios de neutralidad contemplado en el artículo 39 de la Ley 29090⁷³ y de igualdad establecido en el numeral 2 del artículo 2 de la Constitución⁷⁴.

109. Al respecto, en el numeral 102 anterior, se evidenció que el Código CIUU H.55.2.0.03 del Anexo 1 de la Ordenanza 1012-MML contenía una prohibición para desarrollar una actividad económica, toda vez que en la referida disposición se consignó como *uso no conforme* la actividad económica "restaurantes" para la zonificación RDM del Sector B del distrito de Miraflores.

110. Así, siguiendo la metodología de análisis descrita en el acápite III.6 de la presente resolución, corresponde analizar si la medida denunciada: (i) ha sido aprobada por la autoridad competente; (ii) ha cumplido con las formalidades y procedimientos establecidos por ley para su exigencia; y, (iii) se encuentra acorde con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico.

111. Sobre las competencias de la denunciada, de los artículos 195 y 198 de la

1.3. Principio de impulso de oficio.- Las autoridades deben dirigir e impulsar de oficio el procedimiento y ordenar la realización o práctica de los actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias.

(...)

1.13. Principio de simplicidad.- Los trámites establecidos por la autoridad administrativa deberán ser sencillos, debiendo eliminarse toda complejidad innecesaria; es decir, los requisitos exigidos deberán ser racionales y proporcionales a los fines que se persigue cumplir.

(...)

⁷² Inmueble ubicado en la Calle Santa Isabel 376 – Miraflores, que corresponde al Sector B del referido distrito.

⁷³ LEY 29090. LEY DE REGULACIÓN DE HABILITACIONES URBANAS Y DE EDIFICACIONES

Artículo 39.- Del régimen normativo

La adopción de las normas que regularán la inversión inmobiliaria se sustentarán en los principios de concordancia, neutralidad, simplicidad, transparencia y obligatoriedad de difusión que se describen a continuación:

(...)

- Por neutralidad se entiende que cada propietario tendrá el derecho de tener el mismo tratamiento normativo que cualquier otro, si las características urbanísticas de una misma área de la ciudad o municipio son iguales.

(...)

(Sobre la vigencia de este artículo, véase la nota al pie 4).

⁷⁴ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho:

(...)

2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

(...)

M-SDC-02/1A

34/46

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf.: 224 7800

e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0723-2017/SDC-INDECOPÍ

EXPEDIENTE 0046-2016/CEB

Quinientos
Treinta y Uno
000331

Constitución, así como de los artículos 42 y 44 de la Ley 27783, y 73, 79, 157 y 161 de la Ley 27972, se desprende que la MML cuenta con competencia y funciones metropolitanas para aprobar y modificar normas sobre el control del uso del suelo; facultad que ejerce -a través de su Concejo Metropolitano-sobre el ámbito territorial de las municipalidades distritales ubicadas en la provincia de Lima (lo que comprende el distrito de Miraflores).

112. Por tanto, toda vez que la Ordenanza 1012-MML ha sido aprobada por la MML y regula los usos comerciales del suelo en el distrito de Miraflores, aspecto que se encuentra dentro de sus funciones conforme a lo establecido en la Constitución, la Ley 27883 y la Ley 27972, ha sido emitida por la autoridad competente.
113. De otro lado, con relación al cumplimiento de las reglas formales, de la revisión de la página web del diario oficial "El Peruano"⁷⁵ se observa que la Ordenanza 1012-MML ha sido publicada en el diario oficial "El Peruano" el 29 de abril de 2007, de conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 44 de la Ley 27972⁷⁶. Asimismo, dicha disposición ha sido aprobada por el Concejo Metropolitano por instrumento legal idóneo (ordenanza⁷⁷). En ese sentido, cumple con los requisitos formales para su aprobación.
114. Por otra parte, con relación a la concordancia con el ordenamiento jurídico, la denunciante ha sostenido que la prohibición en cuestión contraviene el principio de neutralidad contemplado en el artículo 39 de la Ley 29090⁷⁸.
115. Sobre el particular, el actual Texto Único Ordenando de la Ley 29090⁷⁹ tiene por objeto -entre otros- establecer la regulación jurídica de los procedimientos administrativos para la independización de predios rústicos, subdivisión de

⁷⁵ Página visitada el 22 de diciembre de 2017, disponible en el siguiente enlace: <http://diariooficial.elperuano.pe/Normas>

⁷⁶ **LEY 27972. LEY ORGÁNICA DE MUNICIPALIDADES**

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.
(...)

⁷⁷ Al respecto, véase el numeral 2 del artículo 157 de la Ley 27972. Véase la nota al pie 44.

⁷⁸ Véase la nota al pie 73.

⁷⁹ En reiterados pronunciamientos, se ha indicado que en los casos en "abstracto", el análisis de legalidad de la medida denunciada implica contrastar lo establecido en dicha norma con el marco legal vigente al momento de la emisión del pronunciamiento de la Comisión o de la Sala, según corresponda. Con relación a dichos pronunciamientos, véase la nota la pie 20.

M-SDC-02/1A

35/46

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf: 224 7800

e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0723-2017/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0046-2016/CEB

Quince y treinta
000532 y Da

lotes, obtención de las licencias de habilitación urbana y de edificación⁶⁰.

116. Así, dicha norma regula aquellos procedimientos que los administrados pueden realizar para, por ejemplo, convertir un terreno rustico en urbano (habilitación urbana), construir una obra sobre un predio (edificación), subdividir un lote (subdivisión), entre otros. Por tanto, tal disposición no resulta aplicable a la materia controvertida en el presente procedimiento, relativa a la determinación por parte de los Gobiernos Locales del uso del suelo en sus jurisdicciones, mediante el empleo de instrumentos de zonificación.
117. Sin perjuicio de ello, Viramar también ha alegado que la restricción cuestionada vulneraba el principio de igualdad⁶¹, pues -a su criterio- establecía un trato diferenciado para desarrollar la actividad de "restaurante" en comparación con la regulación establecida para otros giros comerciales, los cuales sí cuentan con compatibilidad de uso en zonificación RDM del Sector B. Por tanto, seguidamente, se analizará si la referida prohibición es discriminatoria.
118. Al respecto, el artículo 12 del Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada (en adelante, el Decreto Legislativo 757)⁶²

⁶⁰ DECRETO SUPREMO 006-2017-VIVIENDA. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 29090, LEY DE REGULACIÓN DE HABILITACIONES URBANAS Y DE EDIFICACIONES

Artículo 1.- Objeto de la Ley

La presente Ley tiene el objeto de establecer la regulación jurídica de los procedimientos administrativos para la independización de predios rústicos, subdivisión de lotes, obtención de las licencias de habilitación urbana y de edificación; fiscalización en la ejecución de los respectivos proyectos; y la recepción de obras de habilitación urbana y la conformidad de obra y declaratoria de edificación; garantizando la calidad de vida y la seguridad jurídica privada y pública.

Establece el rol y responsabilidades de los diversos actores vinculados en los procedimientos administrativos de la presente Ley.

⁶¹ Con relación a este principio, el supremo intérprete de la Constitución ha señalado lo siguiente:

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RECAÍDA EN EL EXPEDIENTE 2317-2010-AA/TC

"(...)

20. A su vez, este Colegiado ha establecido que el principio-derecho a la igualdad, reconocido en el artículo 2, numeral 2) de la Constitución, contiene las siguientes dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la aplicación de la ley. Así, mientras que la primera faceta se configura básicamente como un límite al legislador, la segunda de ellas se manifiesta como un límite al accionar de los órganos jurisdiccionales o administrativos, y exige que los mismos, al momento de aplicar las normas jurídicas, no atribuyan distintas consecuencias jurídicas a dos supuestos de hecho que sean sustancialmente iguales (STC N.º 0004-2006-PI/TC, Fundamentos 123-124). (...). (Subrayado agregado)

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RECAÍDA EN EL EXPEDIENTE 1279-2002-AA/TC

"(...)

Derecho de igualdad ante la ley y derecho de igualdad en la aplicación de la ley

2. (...) El derecho de igualdad, en efecto, no sólo se proyecta prohibiendo tratamientos diferenciados, sin base objetiva y razonable, en el contenido normativo de una fuente formal del derecho, sino también en el momento de su aplicación. Ella se ha de aplicar por igual a cuantos se encuentren en una misma situación, quedando proscritas, por tanto, diferenciaciones basadas en condiciones personales o sociales de sus destinatarios, salvo que estas se encuentren estipuladas en la misma norma. Impone, pues, una obligación a todos los órganos públicos de no aplicar la ley de una manera distinta a personas que se encuentren en casos o situaciones similares. Esta dimensión del derecho a la igualdad vincula, esencialmente, a los órganos administrativos y jurisdiccionales, los que son los llamados a aplicar las normas jurídicas. (...). (Subrayado agregado)

⁶² DECRETO LEGISLATIVO 757. LEY MARCO PARA EL CRECIMIENTO DE LA INVERSIÓN PRIVADA

M-SDC-02/1A

36/46

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Tel: 224 7800

e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0723-2017/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0046-2016/CEB

Quinientos
Treinta y tres
000533

señala que ninguna autoridad, funcionario o empleado del Gobierno Central, gobiernos regionales o locales, ni empresas del Estado, pueden establecer tratamientos discriminatorios ni diferenciados entre los inversionistas y las empresas en que estos participen.

119. En similar sentido, el artículo 2 de la Constitución Política del Perú (en adelante, la Constitución), señala que la Administración Pública no puede tratar de forma distinta a los particulares que se encuentran en la misma situación⁸⁵.
120. En atención a lo expuesto en las normas antes citadas, una medida será discriminatoria **cuando se trate de forma distinta a los particulares que se encuentran en la misma situación**. Por el contrario, el trato diferenciado entre agentes que se encuentran en situaciones distintas, es decir, que tienen diferencias objetivas entre sí, no da lugar a la verificación de un trato discriminatorio.
121. En el presente caso, se corrobora que los establecimientos respecto de los cuales el denunciante alega un presunto trato discriminatorio (lavandería, panaderías, sastrerías, bodegas, oficinas, etc.) constituyen giros de negocio distintos al de "restaurante". Por tanto, dichos locales se encontrarían en una situación jurídica diferente a la actividad económica cuestionada por Viramar.
122. Cabe indicar que, de la propia lectura del Código CIUU H.55.2.0.03 del Anexo 1 de la Ordenanza 1012-MML, se desprende que la prohibición de desarrollar actividades de "restaurante" se aplica a todos aquellos inmuebles ubicados en zonas calificadas como RDM del Sector B; esto es, para todos los predios que se encuentran en una misma situación.
123. En tal sentido, la presunta diferencia que podría existir con relación a los establecimientos comerciales ubicados en otras áreas del distrito (por ejemplo, comercio zonal o comercio metropolitano), o que hubieran obtenido una licencia de funcionamiento para el giro de "restaurante" bajo supuestos especiales

Artículo 12.- El Estado no establece tratamientos discriminatorios ni diferenciados en materia cambiaria, precios, tarifas o derechos no arancelarios, entre los inversionistas y las empresas en que éstos participen, ni basándose en sectores o tipo de actividad económica o en la ubicación geográfica de las empresas. Tampoco podrá establecerlos entre las personas naturales nacionales o extranjeras.

Ninguna autoridad, funcionario o empleado del Gobierno Central, Gobiernos Regionales o Locales en cualquiera de sus niveles, ni empresas del Estado, podrá establecer o aplicar tratamientos discriminatorios ni diferenciados, de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, bajo responsabilidad.

⁸⁵ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona.

Toda persona tiene derecho:

(...)

1. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

(...)

M-SDC-02/1A

37/46

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf.: 224 7800

e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0723-2017/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0046-2016/CEB

Quinientos
Trenta y Cuatro
00053

establecidos normativamente⁸⁴, no denota discriminación.

124. Por consiguiente, la medida cuestionada no constituye una contravención a lo establecido en los artículos 2 de la Constitución y 12 del Decreto Legislativo 757. Cabe señalar que, respecto a esta parte del análisis de legalidad, tampoco se verifica que la prohibición cuestionada contravenga alguna otra norma del ordenamiento jurídico.
125. En atención a lo antes expuesto, habiéndose verificado: (a) la competencia de la MML para establecer la prohibición materia de denuncia, (b) que la referida restricción ha sido establecida respetando las formalidades y procedimientos para su aprobación y exigencia; y, finalmente, (c) que dicha medida no contraviene otra disposición legal vigente en el ordenamiento jurídico; la referida prohibición supera el análisis de legalidad.
126. Por tanto, a continuación, corresponde evaluar si la empresa denunciante ha aportado indicios respecto a la presunta carencia de razonabilidad de la prohibición cuestionada.

III.10. Indicios de la presunta carencia de razonabilidad de la barrera burocrática denunciada

127. Sobre este punto, del tenor de la denuncia que dio origen al presente procedimiento, se observa que Viramar indicó lo siguiente:

ESCRITO DE DENUNCIA DEL 5 DE FEBRERO DE 2016

(...)

13. En otras palabras, los municipios no pueden establecer a su libre antojo qué actividades se encuentran permitidas y qué actividades prohibidas dentro de una determinada zona geográfica, sino que estas limitaciones deben estar previamente sustentadas en un análisis técnico que lo justifique, más aún cuando la regla general debe ser la libre iniciativa privada y la libertad de empresa.

14. Esto es lo que se encuentra en juego en el presente caso: Una regulación arbitraria por parte de la Municipalidad, que ilegal o irrazonablemente restringe los derechos de los privados a realizar una actividad económica tan simple como la de operar un restaurante, sin mayor sustento que la "autonomía municipal". Como podrá apreciar a lo largo del presente escrito, la presencia de varios locales comerciales que realicen la misma actividad económica de restaurante o incluso algunas de mayor complejidad e impacto para los vecinos de la zona, están permitidas y se encuentran operando en los alrededores de la zona donde se materializa la restricción. Esto no es sino la evidencia palmaria de una imposición de una barrera burocrática ilegal e irracional (arbitraria, discriminatoria y no justificada) que impide el desarrollo de la actividad económica de nuestra empresa.

(...)

22. Las Ordenanzas que materializan las barreras burocráticas prohibitivas denunciadas no establecen justificación alguna de por qué se excluye la actividad comercial de restaurante. De hecho, varias otras actividades comerciales que podrían generar tanto o más impacto que un restaurante sí se encuentran permitidas dentro de una zona RDM, como por ejemplo: bodegas,

⁸⁴ Así, se puede apreciar que, el artículo 6 de la Ordenanza 1012-MML ha establecido que en los predios ubicados en Zonificación Residencial, que cuenten con Licencia de Construcción para establecimiento comercial otorgada por la Municipalidad de Miraflores, es posible solicitar una Licencia de Funcionamiento para el desarrollo de dicha actividad comercial u otra relacionada al Comercio Local u Oficinas Administrativas.

M-SDC-02/1A

38/46

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf: 224 7800

e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0723-2017/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0046-2016/CEB

Quinientos
Treinta y Cinco
00535

panaderías, bazares, farmacias y boticas, venta de ropa y productos de belleza, venta de juguetes, venta de instrumentos musicales, venta de discos y cassettes, librerías, heladerías, dulcerías, juguerías, fuentes de soda, cafeterías, etcétera.

(...)

25. En el presente caso, como hemos adelantado, un primer indicio de la arbitrariedad y discriminación de la prohibición impuesta por la Municipalidad se evidencia con el propio índice de usos aprobado mediante Ordenanza 1012. En tal sentido, es pertinente preguntar a la Municipalidad: ¿por qué una panadería, una bodega o una dulcería puede funcionar en una zona RDM, y no un restaurante? De la misma forma, cabría preguntarle si es que acaso las farmacias, boticas, los bazares, las tiendas de instrumentos musicales y música, las tiendas de ropa, regalos, juguerías y otros cuentan con condiciones distintas y debidamente sustentadas que ameriten un trato más favorable y permisible que el de un restaurante.

(...)

27. En efecto, como podrá apreciar la Comisión del plano que se adjunta a la presunta denuncia (Anexo 1-A), existe entre la calle Santa Isabel y las zonas alejadas hasta treinta y tres (33) distintos negocios comerciales en funcionamiento de diversa índole que incluyen a restaurantes, bodegas, peluquerías, lavanderías, hoteles, entre otros.

(...)

31. Este es un caso emblemático y evidente de la discriminación en el tratamiento que ha otorgado la Municipalidad con la emisión de las Ordenanzas 920 y 1012.

(...)

36. Así, no se aprecia cuál sería el supuesto interés público y la adecuación entre las prohibiciones impuestas por las Ordenanzas 920 y 1012 y tal interés público.

37. Por otro lado, la Municipalidad tampoco ha cumplido con demostrar que ha efectuado un análisis de proporcionalidad, sopesando los costos que su medida impone versus los aparentes beneficios que se buscaría conseguir. De hecho, si se toma en consideración los costos que esta prohibición está generando para nuestra empresa y para la comunidad en general, se podrá apreciar que estos superan en exceso cualquier pretendido beneficio que se hubiera perseguido. (...)

38. Finalmente, en el presente caso tampoco hay evidencia de que se haya considerado y descartado alternativas regulatorias menos onerosas, como podrían ser por ejemplo: establecer límites de horarios de funcionamiento, implementar límites de aforo y capacidad de atención, entre otras alternativas, menos ilustrativas y más razonables que una prohibición absoluta de una actividad económica plenamente compatible con actividades similares a desarrolladas en la misma zona.

(...).

(Énfasis agregado)

128. Como se desprende de la denuncia, a criterio de Viramar, la Municipalidad no habría contado con un sustento técnico para imponer la prohibición de desarrollar el giro de "restaurante" en la zona en la cual se ubica su inmueble. Con mayor razón si en dicha área funcionan otros giros comerciales que tendrían igual o un mayor impacto a la actividad económica en cuestión. Adicionalmente, señaló que del tenor de la propia Ordenanza 1012-MML no se desprende cual sería el interés público que sustenta dicha norma. En tal sentido, sería una medida arbitraria⁶⁵.

129. De otro lado, para la denunciante, la entidad denunciada no habría evaluado la imposición de otras alternativas menos gravosas (como, por ejemplo, la implementación de límites de aforo y/o capacidad de atención de tales locales), ni contaría con documentación que acredite la proporcionalidad de la

⁶⁵ En diversos pronunciamientos, la Sala ha indicado que la *arbitrariedad* es entendida como la decisión efectuada por una entidad de la Administración Pública, en ejercicio de sus facultades discrecionales, la cual carece de fundamento jurídico. Al respecto, véase las Resoluciones 0306-2015/SDC-INDECOPI, 1232-2013/SDC-INDECOPI, 0740-2014/SDC-INDECOPI, entre otros.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0723-2017/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0046-2016/CEB

Quinientos
Treinta y Seis
000530

restricción. Por tanto, en su opinión, sería una prohibición desproporcional.

130. Finalmente, para Viramar, la prohibición en cuestión sería discriminatoria, ya que existirían otros establecimientos (incluso, restaurantes) que si contarían con habilitación para funcionar en la zona en la cual se encuentra ubicado su inmueble.
131. A criterio de este Colegiado, la presunta actuación discriminatoria por parte de la Municipalidad no constituye un indicio de carencia de razonabilidad de la prohibición contenida en la Ordenanza 1012-MML, ya que -en este caso- no se está evaluando la situación particular de la denunciante (como se presentaría en el caso que la barrera burocrática estuviera materializada "en concreto"); sino la razonabilidad de una medida contenida en una norma (cuestionada "en abstracto").
132. Sin perjuicio de ello, el presunto trato discriminatorio que alegó la denunciante ya fue evaluado como un cuestionamiento de ilegalidad de la medida, concluyéndose que no se habría verificado el mismo.
133. Sin perjuicio de ello, este Colegiado considera que a través que los indicios descritos en los numerales 128 y 129 de la presente resolución, Viramar ha cuestionado la presunta arbitrariedad y desproporción de la restricción horaria denunciada.
134. Por tanto, toda vez que la denunciante ha cumplido con presentar indicios acerca de la presunta carencia de razonabilidad de la barrera burocrática denunciada, la carga de la prueba se invierte; encontrándose a cargo de la entidad que impuso dicha medida el acreditar su razonabilidad. Este deber por parte de la Administración Pública se encuentra sustentado en el hecho que las potestades públicas legalmente asignadas deben ejercerse dentro de los parámetros de razonabilidad y ello solo podría ser válidamente acreditado por la misma entidad que decidió implementar la medida materia de evaluación⁸⁶.
135. Por ende, corresponde analizar si la MML acreditó que la medida denunciada se encuentra justificada en razones de interés público, si es idónea, proporcional y si constituye la medida menos gravosa.

III.11. Análisis de razonabilidad de la prohibición contenida en la Ordenanza 1012-MML

III.11.1 Interés público e idoneidad

⁸⁶ En este orden de ideas, es pertinente aludir a la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el marco del Expediente 0090-2004-AA/TC, en donde se señaló lo siguiente: "(...) el ejercicio de una potestad discrecional debe acompañarse de una motivación que muestre puntualmente el nexo coherente entre el medio adoptado y el interés general circunscrito al que apunta (...) quedando excluida toda posibilidad de arbitrariedad (...)".

M-SDC-02/1A

40/46

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf.: 224 7800
e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0723-2017/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0046-2016/CEB

000537

Quinientos
treinta y
siete

136. En este punto, el análisis implica verificar lo siguiente: (a) si lo que se pretende tutelar califica como un interés público; (b) si se ha acreditado que la existencia de una problemática que afecte el interés público señalado; y, (c) si existen documentos que demuestren que la restricción denunciada tiene la aptitud suficiente para solucionar la referida problemática.
137. Al respecto, en el escrito presentado el 4 de diciembre de 2017, la MML indicó que el sustento de razonabilidad de la medida recaía en la Municipalidad de Miraflores, toda vez que la disposición administrativa cuestionada atañe a un aspecto de su distrito.
138. Sin perjuicio de ello, de la revisión de la parte considerativa de la Ordenanza 1012-MML⁸⁷, se observa que dicha norma se sustenta en las opiniones efectuadas en: (i) el Dictamen 083-2006-MML-CMDUVN del 12 de septiembre de 2006, el cual no fue presentado por la MML; y, (ii) en el Dictamen 015-2007-MML-CMDUVN del 5 de marzo de 2007.
139. Al respecto, la MML no acompañó el Dictamen 083-2006-MML-CMDUVN, pese a que mediante Requerimiento 068-2017/SDC, la Secretaría Técnica de la Sala le solicitó que presente todos los documentos, estudios, informes y otros que dieron lugar a la emisión de la Ordenanza 1012-MML. De otro lado, con relación Dictamen 015-2007-MML-CMDUVN, este solo contiene la propuesta de modificación de otra norma (Ordenanza 983-MML), cuyos antecedentes tampoco han sido presentados.
140. Por su parte, a lo largo del procedimiento, la Municipalidad de Miraflores ha señalado que la prohibición de desarrollar el giro de "restaurante" en la zona en la cual se ubica el inmueble de la denunciante⁸⁸, contenida en el Código CIUU H.55.2.0.03 del Anexo 1 de la Ordenanza 1012-MML, se encontraba dirigida a salvaguardar el orden y la planificación de las actividades urbanas de su distrito, preservando el medio ambiente y la calidad de vida de los vecinos, así como

⁸⁷ **ORDENANZA 1012. APRUEBAN ÍNDICE DE USOS PARA LA UBICACIÓN DE ACTIVIDADES URBANAS DEL DISTRITO DE MIRAFLORES**
"EL ALCALDE METROPOLITANO DE LIMA;
POR CUANTO:
EL CONCEJO METROPOLITANO DE LIMA;
Visto en Sesión Ordinaria de Concejo de fecha 22 de marzo del 2007, la Propuesta de Índice (sic) de Usos para la Ubicación de Actividades Urbanas del Distrito de Miraflores, que es parte del Área (sic) de Tratamiento Normativo III de Lima Metropolitana, elaborada por la Municipalidad Distrital de Miraflores, en cumplimiento de lo establecido por el Artículo 6 de la Ordenanza N° 920-MML del 30 de marzo del 2006; y,
De conformidad con lo opinado por la Comisión Metropolitana de Desarrollo Urbano, Vivienda y Nomenclatura en su Dictamen N° 083-2006-MML-CMDUVN del 12 de setiembre del 2006 que dio lugar a la Ordenanza N° 983-MML del 12 de diciembre del 2006, aprobada en Sesión Ordinaria de Concejo del 6 de diciembre del 2006, que no fue publicada y Dictamen N° 015-2007-MML-CMDUVN del 5 de marzo del 2007, que durante el debate se consideró necesario integrar en un solo texto, por lo que la Ordenanza N° 983-MML como tal carecería de objeto;
(...)"

⁸⁸ Inmueble ubicado en la Calle Santa Isabel 376 – Miraflores, que corresponde al Sector B del referido distrito.

M-SDC-02/1A

41/46

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf.: 224 7800
e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

Quinientas
Treinta y Ocho 000533
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0723-2017/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0046-2016/CEB

una estructura vial adecuada.

141. La citada entidad agregó que, la finalidad pública que se tutela con la referida restricción es proteger la residencialidad y prevalencia de edificaciones de carácter familiar.
142. Al respecto, esta Sala considera que la protección del orden y la planificación de las actividades urbanas del distrito de Miraflores, así como la residencialidad del referido distrito califican como intereses públicos dignos de protección, se encuentra acorde a las facultades con que cuenta la MML.
143. Sin embargo, si bien se encuentran identificados los intereses públicos tutelados mediante la norma que contiene la prohibición denunciada, ni la MML ni la Municipalidad de Miraflores han acompañado documento y/o estudio alguno que dé cuenta de la existencia de un problema que afecte los intereses alegados, y que se encuentren relacionados con el desarrollo del giro de "restaurante" en zonas calificadas como RDM en el Sector B.
144. Cabe precisar que, si bien la MML presentó el Dictamen 015-2007-MML-CMDUVN⁸⁶, emitido por la Comisión Metropolitana de Desarrollo Urbano, Vivienda y Nomenclatura, así como diversos informes del Instituto Metropolitano de Lima⁹⁰, que habrían dado lugar a la aprobación de la Ordenanza 1012-MML; lo cierto es que dichos documentos no contienen los motivos por los cuales la actividad de "restaurante" constituye un "uso no conforme" en zonas calificadas como RDM en el Sector B. Ello, con mayor razón si, de la propia definición de zonificación RDM, se encuentra permitido la realización de otro tipo de actividades compatibles⁹¹.
145. Por tal razón, la denunciada no ha cumplido con presentar el estudio técnico de la Ordenanza 1012-MML que da cuenta de la existencia de un problema relacionado con la actividad de "restaurante" en áreas calificadas como RDM del Sector B del distrito de Miraflores, y que -además- muestra que dicho problema afecta la residencialidad y/o el orden o planificación urbana en dicho distrito.
146. Asimismo, la MML no ha cumplido con demostrar de qué forma la prohibición en cuestión resultaría adecuada para solucionar dicha problemática y de tal forma, proteger el interés público alegado. Siendo esto así, la medida cuestionada resulta carente de razonabilidad.

⁸⁶ Adicionalmente, la MML acompañó el Dictamen 014-2007-MML-CMDUVN, que dio lugar a la aprobación de la Ordenanza 920-MML. Ambos dictámenes constan a fojas 206 al 226 del Expediente.

⁹⁰ Tales Informes son los siguientes: 022-06-MML-IMP-DE/DGP del 25 de agosto de 2006, 020-06-MML-IMP-DE/DGP del 11 de agosto de 2006, 015-06-MML-IMP-DE/DGP del 7 de junio de 2006 y 012-06-MML-IMP-DE/DGP del 25 de mayo de 2006, que constan en las fojas 279 al 292 del Expediente.

⁹¹ Véase la nota al pie 61.

M-SDC-02/1A

42/46

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Téf: 224 7800
e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

Quinientos
Treinta y Nueve 000539
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0723-2017/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0046-2016/CEB

147. Sin perjuicio de lo expuesto y, pese a que de acuerdo con el precedente de observancia obligatoria aprobado por Resolución 182-97/TDC no sería necesario continuar con el análisis de los demás filtros de razonabilidad, debido a la importancia de la materia, esta Sala estima conveniente continuar con dicha evaluación.

III.11.2 Proporcionalidad

148. Como señala el Tribunal Constitucional, "a través del juicio de proporcionalidad en sentido estricto, se busca establecer si la medida guarda una relación razonable con el fin que se pretende alcanzar, a través de un balance entre sus costos y sus beneficios"⁹². Es decir, no basta alegar que una limitación satisface un interés público, sino que es necesario que la entidad denunciada efectúe un balance en el que concluya que las ventajas para la colectividad son mayores que las limitaciones que se producen para todos los agentes involucrados.

149. A fin de que la medida cuestionada por la denunciante no sea arbitraria o desproporcionada, es necesario que la entidad acredite haber evaluado los costos que la misma generará en los agentes económicos, así como los efectos que podría ocasionar en el mercado y en los consumidores.

150. En tal sentido, para que la prohibición de desarrollar el giro de "restaurante" en la zona en la cual se ubica su inmueble, contenida en el Código CIUU H.55.2.0.03 del Anexo 1 de la Ordenanza 1012-MML pueda ser catalogada como una medida proporcional, la MML debió haber evaluado los costos que genera la imposición de dicha medida.

151. En efecto, la primera instancia y -adicionalmente- la Secretaría Técnica de la Sala requirieron a la MML que sustente dicha evaluación de costos. Sin embargo, ni la MML ni la Municipalidad de Miraflores han presentado documento y/o sustento técnico previo alguno por el cual se acredite que, para la emisión de la medida cuestionada, se hubiesen considerado los efectos que la misma podría ocasionar en los actores involucrados: agentes económicos, vecinos de la zona objeto de la restricción y la población en general. En consecuencia, no se observa la existencia de un examen de proporcionalidad ni que la medida se hubiese emitido como resultado de ello.

152. Por tales motivos, se desprende que tampoco se ha cumplido con acreditar la proporcionalidad de la prohibición de desarrollar el giro de "restaurante" en la zona en la cual se ubica su inmueble, contenida en el Código CIUU H.55.2.0.03 del Anexo 1 de la Ordenanza 1012-MML.

III.11.3 Opción menos gravosa

⁹² Ver la Resolución emitida por el Tribunal Constitucional en el Expediente 00032-2010-AI.

M-SDC-02/1A

43/46



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0723-2017/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0046-2016/CEB

Quinientos
Cuarenta 000540

153. Finalmente, el análisis de razonabilidad de la barrera burocrática impuesta implica determinar que las medidas adoptadas por la autoridad sean las opciones menos gravosas para los agentes económicos que concurren en el mercado.
154. En tal sentido, este examen implicaría que la autoridad, en primer lugar, establezca la existencia o no de otras medidas que de igual o mejor forma hubieran podido tutelar los intereses públicos alegados; para luego determinar si, dentro de esas posibles medidas, existía o no alguna que fuese menos gravosa para los agentes económicos involucrados.
155. Siendo así, la medida cuestionada sería razonable, en la medida que no exista otra opción regulatoria menos gravosa; pues en caso contrario, lo razonable sería que la entidad hubiese optado por dicha medida alternativa y no por la prohibición denunciada.
156. Sobre el particular, de la revisión del expediente, se observa que la MML no ha cumplido con presentar documentación alguna que sustente la evaluación de la prohibición cuestionada en comparación con otras medidas que persigan a protección de los intereses alegados. Asimismo, tampoco se observa que la MML y/o la Municipalidad de Miraflores hubieran presentado un estudio o análisis que denote que la barrera burocrática cuestionada sea la medida menos onerosa para los administrados de aquellas alternativas posibles.
157. Por tanto, la prohibición cuestionada también constituye la imposición de una barrera burocrática carente de razonabilidad, por no haberse acreditado que sea la medida menos gravosa.
158. En tal sentido, corresponde revocar la Resolución 0368-2016/CEB-INDECOPI del 22 de julio de 2016, por la cual la Comisión declaró improcedente la prohibición de desarrollar el giro de "restaurante" en la zona en la cual se ubica el inmueble⁹³ de la denunciante, contenida en el Código CIUU H.55.2.0.03 del Anexo 1 de la Ordenanza 1012-MML; y, reformándola, se declara barrera burocrática carente de razonabilidad la referida prohibición; y, por ende, fundada la denuncia en tal extremo.

III.12 Sobre la solicitud de costas y costos

159. En el marco de los procedimientos administrativos de eliminación de barreras burocráticas, el artículo 7 del Decreto Legislativo 807⁹⁴ establece que

⁹³ Inmueble ubicado en la Calle Santa Isabel 376 – Miraflores, que corresponde al Sector B del referido distrito.

⁹⁴ DECRETO LEGISLATIVO 807. FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DEL INDECOPI
Artículo 7.- Pago de costas y costos

M-SDC-02/1A

44/46

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf.: 224 7800
e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0723-2017/SDC-INDECOPÍ

EXPEDIENTE 0046-2016/CEB

Quinientos
Cuarenta y Uno 000541

la Comisión podrá ordenar el pago de las costas y costos a la entidad que haya obtenido un pronunciamiento desfavorable.

160. En este caso, se ha declarado la carencia de razonabilidad de la prohibición de desarrollar el giro de "restaurante" en la zona en la cual se ubica el inmueble de la denunciante, contenida en el Código CIUU H.55.2.0.03 del Anexo 1 de la Ordenanza 1012-MML, en mérito a una denuncia presentada por Viramar contra la MML.

161. Por tanto, toda vez que se ha configurado el supuesto establecido en el artículo 7 del Decreto legislativo 807, corresponde ordenar a la MML el pago de las costas y costos del presente procedimiento.

III.13 Sobre el pedido de medida cautelar

162. El 1 de febrero de 2017, Viramar solicitó que -en calidad de medida cautelar- se ordene a la MML y a la Municipalidad de Miraflores se abstengan provisionalmente de aplicarle la barrera burocrática denunciada.

163. Sobre este punto, en la medida que en la presente resolución se está emitiendo un pronunciamiento que pone fin al procedimiento, este Colegiado considera que carece de objeto atender la solicitud presentada por la denunciante.

IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA

PRIMERO: declarar la confidencialidad y reserva de la información que se acompañó al escrito presentado por Inversiones Viramar el 1 de febrero de 2017.

SEGUNDO: confirmar, bajo otros fundamentos, la Resolución 0368-2016/CEB-INDECOPÍ del 22 de julio de 2016, por la cual la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi declaró improcedente el extremo de la denuncia presentada por Inversiones Viramar S.A.C. contra la Municipalidad Metropolitana de Lima, por la presunta imposición de una barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad consistente en la prohibición de desarrollar el giro de "restaurante" en la zona en la cual se ubica el inmueble de la denunciante, contenida en el Plano de Zonificación del distrito de Miraflores aprobado por la Ordenanza 920-MML.

En cualquier procedimiento contencioso seguido ante el INDECOPÍ, la comisión o dirección competente, además de imponer la sanción que corresponda, puede ordenar que el infractor asuma el pago de las costas y costos del proceso en que haya incurrido el denunciante o el INDECOPÍ. En los procedimientos seguidos de parte ante la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas, se podrá ordenar el pago de costas y costos a la entidad que haya obtenido un pronunciamiento desfavorable.

En caso de incumplimiento de la orden de pago de costas y costos del proceso, cualquier comisión o dirección del Indecopi puede aplicar las multas de acuerdo a los criterios previstos en el artículo 118 de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor (...).

(Subrayado y énfasis agregado)

M-SDC-02/1A

45/46

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf.: 224 7800

e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

Quinientos
Cuarenta y Dos 000542
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0723-2017/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0046-2016/CEB

TERCERO: revocar la Resolución 0368-2016/CEB-INDECOPI del 22 de julio de 2016, por la cual la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi declaró improcedente el extremo de la denuncia presentada por Inversiones Viramar S.A.C. contra la Municipalidad Metropolitana de Lima, por la presunta imposición de una barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad consistente en la prohibición de desarrollar el giro de "restaurante" en la zona en la cual se ubica el inmueble de la denunciante, contenida en el Código CIUU H.55.2.0.03 del Anexo 1 de la Ordenanza 1012-MML; y, reformándola, se declara fundada la denuncia en dicho extremo y, por ende, barrera burocrática carente de razonabilidad la referida prohibición.

CUARTO: disponer la inaplicación la barrera burocrática declarada carente de razonabilidad en el presente procedimiento, a favor de la denunciante.

QUINTO: disponer que la Municipalidad Metropolitana de Lima asuma los costos y costas del procedimiento, a favor de la denunciante.

SEXTO: declarar que carece de objeto pronunciarse sobre el pedido cautelar formulado por Inversiones Viramar S.A.C. el 1 de febrero de 2017

Con la intervención de los señores vocales Juan Luis Avendaño Valdez, Silvia Lorena Hooker Ortega, Ana Rosa Cristina Martinelli Montoya, Mónica Eliana Medina Triveño y José Francisco Martín Perla Anaya.

JUAN LUIS AVENDAÑO VALDEZ
Presidente

M-SDC-02/1A

46/46

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf.: 224 7800
e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe