



FACULTAD DE DERECHO

**INFORME JURÍDICO DE EXPEDIENTE
ADMINISTRATIVO N° 055-2019/CEB**



**PRESENTADO POR
GONZALO ALONSO ZAVALA DÍAZ**

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

**LIMA – PERÚ
2023**



CC BY-NC-ND

Reconocimiento – No comercial – Sin obra derivada

El autor sólo permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/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 el Expediente N° 055-2019/CEB

Materia : BARRERAS BUROCRÁTICAS

Entidad : INDECOPI

Bachiller : ZAVALA DÍAZ GONZALO ALONSO

Código 2015221683

LIMA – PERÚ

2023

El actual informe, de carácter jurídico, versa sobre un procedimiento administrativo desarrollado ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), en donde una empresa de iniciales CRB S.A.C. dedicada a los servicios de entretenimiento (bar – discoteca) presenta una denuncia contra un gobierno local de iniciales MDB. Originando así el **Expediente 055-2019/CEB**; donde se analiza la legalidad y razonabilidad de dos (2) ordenanzas municipales que restringen la comercialización de bebidas alcohólicas y el consumo de todo producto derivado del tabaco; al ser señaladas como **barreras burocráticas ilegales**.

Luego de la denuncia –como corresponde– el gobierno local (MDB) presenta los descargos pertinentes, argumentando la legalidad de sus ordenanzas, así como su potestad para regular las restricciones cuestionadas. Entonces, en primera instancia, la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (CEB) desestimó en parte la denuncia presentada; resolviendo que las limitaciones sobre la comercialización de bebidas alcohólicas y el horario de funcionamiento no resultaban ilegales. Sin embargo, sí considera como barrera burocrática ilegal el acto administrativo de prohibir fumar y conservar activos los cigarrillos o bienes tabaqueros en todo local público o privado de esparcimiento, en el distrito de la MDB. Este último extremo es apelado por el gobierno local mencionado, empero, la Sala con especialidad en Eliminación de Barreras Burocráticas de INDECOPI, confirma la resolución impugnada. Concluyendo de esta manera el procedimiento administrativo del Expediente 055-2019/CEB.

Resulta conveniente señalar que, la relevancia jurídica del expediente mencionado surge cuando advertimos el “**enfrentamiento**” entre el derecho a la salud y la política estatal de reducción del consumo de tabaco, por una parte; contra los derechos de libertad de empresa y libre iniciativa privada, por otro lado. ¿Cuáles derechos deben preponderar? ¿Es correcto inobservar el marco normativo en aras de lograr el bienestar común? Para resolver estas interrogantes, debe estudiarse la legalidad de las barreras burocráticas denunciadas y la legitimidad de las afectaciones a los derechos de los agentes económicos.

NOMBRE DEL TRABAJO

ZAVALA DIAZ.doc

RECUENTO DE PALABRAS

7659 Words

RECUENTO DE PÁGINAS

33 Pages

FECHA DE ENTREGA

Apr 4, 2023 12:28 PM GMT-5

RECUENTO DE CARACTERES

43204 Characters

TAMAÑO DEL ARCHIVO

245.5KB

FECHA DEL INFORME

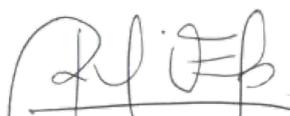
Apr 4, 2023 12:29 PM GMT-5**● 10% de similitud general**

El total combinado de todas las coincidencias, incluidas las fuentes superpuestas, para cada base de datos

- 9% Base de datos de Internet
- Base de datos de Crossref
- 5% Base de datos de trabajos entregados
- 2% Base de datos de publicaciones
- Base de datos de contenido publicado de Crossref

● Excluir del Reporte de Similitud

- Material bibliográfico
- Material citado
- Material citado
- Coincidencia baja (menos de 10 palabras)



Augusto Espinoza Bonifaz - Instituto de Investigación

ÍNDICE

I. RELACIÓN DE LOS HECHOS PRINCIPALES EXPUESTOS POR LAS PARTES INTERVINIENTES EN EL PROCEDIMIENTO	5
1.1. Denuncia formulada por CRB S.A.C	5
1.1.1. Respecto a las restricciones horarias	5
1.1.2. Respecto a la prohibición de consumo de productos derivados del tabaco	7
1.2. Admisión de la denuncia de CRB S.A.C	8
1.3. Descargos por parte de la MDB.....	9
1.4. Resolución emitida por la Comisión (CEB)	11
1.5. Recursos de apelación.....	12
1.5.1. Por parte de la MDB	12
1.5.2. Por parte de CRB S.A.C	14
1.6. Resolución emitida por la Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas.....	14
II. IDENTIFICACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PRINCIPALES DEL EXPEDIENTE	15
2.1. Identificación de los problemas jurídicos principales del expediente.....	15
2.2. Análisis de las controversias jurídicas advertidas en el expediente	15
2.2.1. ¿Era competente la Comisión (CEB) del INDECOPÍ para ordenar la inaplicación de las barreras burocráticas cuestionadas por el denunciante?.....	15
2.2.2. ¿Constituían barreras burocráticas ilegales las restricciones horarias del expendio de licores, establecidas en el artículo primero y segundo de la Ordenanza 271-MDB del 2007?	20

2.2.3. ¿Se puede considerar como barrera burocrática ilegal el acto administrativo que prohíbe fumar o mantener encendidos los productos de tabaco en los locales públicos y privados de esparcimiento de un distrito?	24
--	----

III. POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS ADVERTIDOS27

3.1. Competencia de la Comisión (CEB) del INDECOPI para ordenar la inaplicación de las barreras burocráticas cuestionadas por el denunciante	27
3.2. ¿Constituían barreras burocráticas ilegales las restricciones horarias para el expendio de licores; establecidas en la Ordenanza 271 de la MDB?.....	27
3.3. ¿ El acto administrativo de la MDB que prohíbe fumar o conservar activos los bienes tabaqueros en sus establecimientos privados o públicos de esparcimiento se considera una barrera burocrática ilegal?	28

IV. POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE LAS RESOLUCIONES EMITIDAS29

4.1. Referente a la resolución emitida por la Comisión (CEB) de INDECOPI	29
4.2. Sobre la resolución emitida por la Sala Especializada de INDECOPI...29	

V. CONCLUSIONES.....30

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS31

VII. ANEXOS 33

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

1.1. Denuncia formulada por CRB S.A.C.

La empresa de iniciales **CRB S.A.C.** interpuso una denuncia contra el gobierno local de iniciales **MDB**, ante la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (CEB) del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (en adelante Indecopi), el 27 de febrero de 2019, por –presuntamente– haber realizado la imposición de barreras burocráticas ilegales o carentes de razonabilidad, dispuestas por la Ordenanza 271-MDB¹ (donde “Prohíben el consumo de licores en la vía pública y establecen horarios para el expendio y consumo de bebidas alcohólicas”), y las cuales serían las siguientes:

- **Restricciones en el horario del expendio de licores** (primer artículo de la citada ordenanza).
- **Restricciones horarias de funcionamiento** (artículo segundo también de la mencionada ordenanza y la Resolución Subgerencial N° 174-2018-SGC-GDE-MDB).

Asimismo, el agente económico denunciante cuestionó la ilegalidad o carencia de razonabilidad del acto administrativo de la MDB que **prohíbe fumar y de mantener encendido los productos tabaqueros en los centros públicos y privados de esparcimiento**; materializado en la Ordenanza 342 (2011) de la MDB, en su art. 3.d (“Aprueba el régimen de prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco”). Los fundamentos de la denuncia de CRB S.A.C. fueron los siguientes:

1.1.1. Respecto a las restricciones horarias

- La empresa CRB S.A.C. señala que cuenta con la debida licencia para funcionar con el giro de "restaurante con venta de licor como complemento", autorización otorgada por la propia MDB.

¹ Emitida en “El Peruano”, con fecha 25 de enero del año 2007.

- Asimismo, argumenta que, cuando la MDB emitió la Ordenanza 271 del 2011, estableciendo una limitación de horario para la comercialización de los licores (artículo primero) así como una restricción en el horario de atención para los establecimientos (artículo segundo), habría incurrido en actos ilegales. Toda vez que, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se ha considerado que dichas medidas restrictivas estarían correctamente justificadas solamente cuando no existan alternativas menos gravosas que garanticen determinados bienes jurídicos; como la seguridad, tranquilidad y la preservación del ambiente; caso contrario se estaría afectando indebidamente derechos fundamentales consagrados en la Constitución
- CRB S.A.C., expone, la prohibición en el horario contraviene el marco normativo por ser desmedida; toda vez que no se habría realizado la evaluación de otros métodos que puedan lograr un idéntico fin sin la necesidad de ocasionar perjuicios económicos altamente dañinos en contra del mercado y sus agentes integrantes.
- Además, fundamenta que las medidas restrictivas se establecieron en toda la jurisdicción del municipio y no en un área específica del distrito. De esta manera, se evidenciaría la carencia de razonabilidad en la medida.
- Finalmente, la parte denunciante indica que no existen estudios que corroboren la existencia del vínculo o relación entre el consumo de bebidas alcohólicas con el incremento de los índices de criminalidad. En ese sentido, se advierte que la limitación en el horario no asegura fehacientemente la defensa de los derechos a la vida, seguridad e integridad del personal que labora en los locales comerciales y la clientela asistente.

1.1.2. Respecto a la prohibición de consumo de productos derivados del tabaco

- CRB S.A.C. indica que, el marco normativo respecto a las restricciones al consumo de cigarrillos o productos derivados del tabaco, se encuentra regulado por las disposiciones legales que se mencionan a continuación: i) **Ley 28705 (Ley general para la prevención y control de los riesgos del consumo del tabaco)** que en su artículo 18° determina que las entidades ediles –como parte de sus competencias– tienen que realizar las inspectorías pertinentes garantizando el acatamiento de la citada norma. ii) **Ordenanza 342-MDB (“Aprueba el régimen de prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco”)** que en el literal d) del artículo 3° se impide fumar y mantener prendidos los productos tabaqueros en cada uno de los espacios públicos y privados de esparcimiento, así como los mercados, estadios, coliseos y también en los centros comerciales. iii) **Decreto Supremo 015-2008-SA (Reglamento de la Ley 28705, modificado por Decreto Supremo Nº 001-2011-SA)** que en su artículo 5° establece que se encuentra prohibido fumar en la totalidad de los ambientes de establecimientos dedicados a la salud y educación, así como en el interior de los lugares de trabajo y las dependencias públicas. Además, se dispone la prohibición de consumir bienes tabaqueros en el interior de cada uno de los espacios públicos cerrados, al igual que en los medios públicos de transporte; en aras de salvaguardar el bienestar general.
- Sin perjuicio de lo mencionado, también se sustenta que, en concordancia con la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo –Ley 29158– y su art. 13°, todo reglamento emitido tiene que ser estipulado sin transgredir los derechos y principios jurídicos; como el derecho a la **libre competencia**, así como los principios de **transparencia** y **jerarquía normativa**. Por lo que ningún

reglamento u ordenanza alguna, pueden contradecir las leyes (por ser normas de mayor jerarquía). Entonces, gracias al Decreto Supremo 015-2008-SA se deduce: no es correcto que entidades administrativas o gobiernos locales promulguen supuestos restrictivos mayores a los tolerados por la ley. En consecuencia, la MDB y ningún municipio estaría habilitado para fundamentar que una prohibición de esta naturaleza (con mayores restricciones) fue realizada con respeto a la legalidad y legitimidad otorgadas por ley.

- Por último, el concepto de “espacio público cerrado” ha sido definido por la Ley 28705. Señalándolo como un **espacio cubierto por un techo que se encuentre cerrado entre paredes**. A causa de ello, no encajarían dentro de este concepto, ningún evento público que requiera autorización municipal, coliseo, mercado, centro privado o público de esparcimiento, etc.

1.2. Admisión de la denuncia de CRB S.A.C

Luego observar la denuncia formulada por CRB S.A.C en contra de la MDB, se resuelve admitirla e iniciar su tramitación, a través de la Resolución 183-2019/STCEB-INDECOPI, emitida por la Secretaría Técnica de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (con fecha 26.03.2019); en atención al art. 20 y 21 del DL N° 1256 (Ley de Prevención y de Eliminación de Barreras Burocráticas); por la presunta imposición de barreras burocráticas aparentemente ilegales o carentes de razonabilidad².

Asimismo, en la misma resolución (art. Segundo) se le concedió a la corporación edil denunciada el plazo máximo de (5) cinco días hábiles para la presentación de sus descargos; en los cuales debe adjuntar la información necesaria para realizar la evaluación de la legalidad y razonabilidad de las barreras denunciadas.

² Fueron admitidas las tres barreras burocráticas señaladas en la denuncia.

1.3. Descargos por parte de la MDB

Con fecha del 8 de abril del año 2019, la MDB, debidamente representada, se apersonó al actual procedimiento y presentó sus descargos; señalando los siguientes fundamentos:

- Como es frecuente, la MDB argumenta que sus acciones fueron realizadas en atención a la autonomía política, económica y administrativa que poseen las municipalidades distritales, de acuerdo a la Constitución y su art. 194.
- La LOM, Ley 27972 (del año 2003), prevé que los alcaldes son competentes para promulgar resoluciones y decretos de alcaldía respetando el marco normativo vigente y que las corporaciones ediles tienen competencia para la regulación de autorizaciones, derechos y licencias en cuanto al uso del espacio físico en su jurisdicción. Así también, dispone que las autoridades políticas, administrativas, entre otras, están obligados a respetar la autoridad municipal en asuntos de su competencia, sin transgredir el acatamiento de las normas municipales.
- Entonces, también argumenta que las ordenanzas cuestionadas por la denuncia de la empresa CRB S.A.C. cumplen con lo establecido por la Ley 27444 (del 2001) y su art. 3, por lo que, no están inmersas en alguna de las causales de nulidad que contempla el art. 10° de dicha ley.
- Asimismo, la MDB fundamenta que el artículo 40° de la Ley 27972 (2003), prescribe que las ordenanzas tienen rango de ley, y en consecuencia su inaplicabilidad debe de ser cuestionada en sede judicial; mediante una acción de inconstitucionalidad, de acuerdo con lo establecido por el Código Procesal Constitucional y su art. 77.
- Igualmente, sustenta que las restricciones horarias son legales ya que han sido determinadas en alineación con las competencias de los gobiernos locales, utilizando los instrumentos jurídicos idóneos

otorgados por la ley (ordenanza); sin implicar alteraciones a las condiciones del funcionamiento para el establecimiento del denunciante. De la misma forma, no constituyen barreras burocráticas carentes de razonabilidad puesto que han sido emitidas en razón de la protección al derecho a un ambiente sano y tranquilo, defendiendo el bienestar de la ciudadanía.

- En congruencia con la sentencia recaída en el Exp. 0850-2008-PA, nuestro Tribunal Constitucional (TC) indica que toda restricción de esta naturaleza es pertinente para la preservación del interés público de la ciudadanía, su tranquilidad y seguridad.
- Adicionalmente, la MDB señala que CRB S.A.C. no aportó indicios suficientes que permitan dar conclusiones sobre la existencia de posibles barreras burocráticas irracionales, consecuentemente no correspondería realizar un análisis de razonabilidad de dichos actos administrativos.
- Debe tenerse en cuenta lo resuelto en la Sentencia del Expediente 007-2006-PI/TC (Proceso de Inconstitucionalidad) del Tribunal Constitucional; cuando desarrolla el análisis sobre las restricciones conforme al Principio de Proporcionalidad (caso denominado “Calle de las Pizzas”). En este caso, dicho colegiado evaluó el grado de intervención del Estado, sobre el libre desenvolvimiento de la ciudadanía que asiste a los locales del área restringida, indicándolo como una **intervención leve**; mientras que las acciones de defensa del derecho al medio ambiente, tranquilidad y salud (grado de realización) **es elevado**. Por tanto, la medida adoptada por la entidad estatal es constitucional.
- De la misma manera, el gobierno local fundamenta que la denunciante no ha demostrado los actos administrativos o actuaciones materiales, a través de los cuales se le haya impuesto prohibiciones al consumo de tabaco en sus instalaciones.

- Por otro lado, se indica que parte de la Ordenanza 342-MDB habría sido derogada tácitamente por la Ordenanza 486-MDB, en el extremo de sus anexos, por lo que no se acredita la imposición de las medidas denunciadas a través de esta disposición.
- La Ordenanza 342-MDB no excede lo señalado por la Ley 28705 ni su Reglamento, en tanto estas normas procuran reducir el consumo y exposición continuada al humo producido por el tabaco. Además, buscaría optimizar los avisos sobre el daño causado por dicha sustancia; justificándose en la ley respecto del uso del tabaco, generando beneficios positivos para los ciudadanos.
- En la Sentencia del Exp. 330-2014-PA (proceso de amparo) emitida por el máximo intérprete de la Constitución, resuelve que el derecho a la libertad de empresa (al igual que todo derecho) contraviene el marco normativo al ser aplicado contrariamente a las buenas costumbres o la moral, cuando arriesga la salud de la ciudadanía o su seguridad. Por lo tanto, dicho derecho debe ser ejercido con sujeción a los demás derechos y principios; como el de la seguridad, salud, buenas costumbres y a un medio ambiente sano.

1.4. Resolución emitida por la Comisión (CEB)

A través de la Resolución 0348-2019/CEB-INDECOPI (del 12.07.19), la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (CEB) declaró:

- No constituyen barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad las restricciones horarias establecidas por la Ordenanza 271 (año 2011) de la MDB.
- Sin embargo, resuelve que la emisión de la Ordenanza 342 de la MDB sería una barrera burocrática ilegal, por haber prohibido el consumo de tabaco y no permitir mantener activos los productos tabaqueros en todo espacio público y privado de esparcimiento en su distrito.

- Decide resolver a favor de la empresa CRB S.A.C. y de los demás agentes económicos del distrito de la MDB (efectos generales) la **inaplicación** de los actos administrativos indicados como barreras burocráticas ilegales, a raíz de la denuncia presentada por CRB S.A.C. Precisando que, los efectos de la resolución tendrán vigencia desde el día siguiente de su publicación en “El Peruano”, diario oficial (en acuerdo a lo señalado por el DL 1256 y su art. 8).

Los fundamentos de dicha resolución fueron los siguientes:

- Las restricciones horarias fueron impuestas conforme a las competencias de las entidades ediles, a través de los instrumentos de gestión correspondientes y de acuerdo con lo establecido en el marco jurídico vigente. Además, la empresa CRB S.A.C. no presentó indicios suficientes sobre la carencia de razonabilidad de dichas medidas, por lo que no era posible evaluar la razonabilidad.
- Aunque, se argumenta que la municipalidad distrital denunciada carece de facultades normativas sobre la materia previamente regulada por la Ley 28705, lo cual contraviene el Principio de Legalidad reconocido en la Ley 27972 (art. VIII y 38), en concordancia con el Texto Único Ordenado de la Ley 27444.
- De este modo, se resuelve que la prohibición relacionada con el consumo de productos derivados del tabaco resultaba ilegal, ya que creaba un nuevo supuesto (con mayores restricciones) no contemplado en la Ley 28705.

1.5. Recursos de apelación

1.5.1. Por parte de la MDB

Continuando con el procedimiento administrativo, la MDB presentó un recurso de apelación (08.08.2019) contra lo resuelto por la CEB (extremo referido a la ilegalidad de la restricción sobre el consumo

de derivados del tabaco). Argumentando su posición en los siguientes fundamentos³:

- Toda entidad edil goza de autonomía política, económica y administrativa, en concordancia con el art. 194° de nuestra Constitución Política del Perú de 1993. Entonces, correspondía a CRB S.A.C. acatar lo establecido por la Ordenanza 342 del 2011, de la MDB.
- Asimismo, indica que, como una ordenanza posee rango de ley, según la LOM (Ley Orgánica de Municipalidades del año 2003) y su art. 40°; la inaplicación debe ser tratada a través de la vía judicial, con una demanda de inconstitucionalidad.
- En esa misma línea, el cumplimiento de la Ordenanza 342-MDB es obligatorio para cada establecimiento público del distrito, así sean centros comerciales, mercados, coliseos, etc. Porque se les considera como "espacio público cerrado", toda vez que están "techados y tienen más de una pared de estructura".
- Por otra parte, argumenta: el objetivo del acto administrativo promulgado es disminuir el consumo de cigarrillos y todo tipo de bien tabaquero; siguiendo las políticas estatales del consumo del tabaco y la defensa de la salud pública, concordante con la promulgación de la Ley 28705.
- Finalmente, se indica que la ordenanza fue promulgada en atención al marco normativo vigente, acatando el art. 9.8 y 39 de la LOM, Ley Orgánica 27972 del 2003, en consecuencia, no se debe efectuar la inaplicación requerida por la empresa CRB S.A.C., tampoco la supuesta medida correctiva ordenada por la CEB.

³Dicho recurso fue concedido el 22 de agosto del 2019, mediante Resolución 446-2019/SCCEB-INDECOPI.

1.5.2. Por parte de CRB S.A.C.

El 28 de agosto de 2019 CRB S.A.C. formuló recurso de apelación contra la resolución de la Comisión en los extremos que le fueron desfavorables (legalidad de las restricciones horarias) reiterando los fundamentos de su denuncia. Sin embargo, dicho recurso fue declarado **improcedente** por la Comisión, mediante Resolución 433-2019/CEB-INDECOPI, debido a que ya había vencido el plazo de quince (15) días hábiles para la presentación del respectivo recurso de impugnación. Por dicha razón, dichos extremos cuestionados por la denunciante quedaron consentidos.

1.6. Resolución emitida por la Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas

El 28 de septiembre del 2020 el Tribunal de Indecopi, a través de su Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas, emite la Resolución 190-2020/SEL-INDECOPI, donde confirmó la resolución apelada en el extremo que declara como barrera burocrática ilegal la ordenanza emitida por la MDB (2011); Ordenanza 342, la cual prohíbe fumar y mantener activos los productos de tabaco en cada centro público y privado del distrito.

Dicha resolución se basó en que la municipalidad no contaba con atribuciones conferidas por ley para establecer supuestos de limitación al consumo de productos tabaqueros mayores a los de la Ley 28705 y su reglamento. En ese sentido, se habría regulado sobre materia no competente para una municipalidad; contradiciendo la Ley 28705 (art. 18°) y la Ley del Procedimiento Administrativo General (art. IV 1.1) así como la LOM, Ley 27972 (art. VIII).

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

2.1. Identificación de los problemas jurídicos principales del expediente

Ahora, corresponde identificar cuáles serían las controversias jurídicas relevantes del procedimiento. Por esta razón y de acuerdo con los argumentos formulados por la denunciante y la municipalidad distrital denunciada; así como los criterios tomados en cuenta tanto por la Comisión y por la Sala, los principales problemas jurídicos advertidos son los siguientes:

- ¿Era competente la Comisión (CEB) del INDECOPI para ordenar la inaplicación de las barreras burocráticas cuestionadas por el denunciante?
- ¿Constituían barreras burocráticas ilegales las restricciones horarias del expendio de licores, establecidas en el artículo primero y segundo de la Ordenanza 271-MDB del 2007?
- ¿Se puede considerar como barrera burocrática ilegal el acto administrativo que prohíbe fumar o mantener encendidos los productos de tabaco en los locales públicos y privados de esparcimiento de un distrito?

Por ende, se procederá a brindar respuesta a estas tres (3) interrogantes desprendidas por el análisis del expediente 055-2019/CEB.

2.2. Análisis de las controversias jurídicas advertidas en el expediente

2.2.1. ¿Era competente la Comisión (CEB) del INDECOPI para ordenar la inaplicación de las barreras burocráticas cuestionadas por el denunciante?

En sus descargos la MDB señaló que al estar contenidas en una ordenanza municipal las barreras burocráticas cuestionadas en la

denuncia tendrían rango de ley, por lo que debería tramitarse dicho cuestionamiento con una demanda de inconstitucionalidad, teniendo en cuenta que nuestra Constitución atribuye autonomía a las municipalidades, además de que las ordenanzas tienen rango de ley. Por tanto, la Comisión del Indecopi no era competente para emitir un pronunciamiento al respecto.

Referente a ello, se debe considerar que el artículo 194° de la Constitución Política del Perú de 1993, señala:

“Las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno local. Tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Las municipalidades de los centros poblados son creadas conforme a ley”.

Se advierte que nuestra “carta magna” le concede autonomía política, económica y administrativa a los gobiernos locales, “la cual debe ser entendida como aquella prerrogativa que le permite proteger a sus propios intereses, así como utilizar cada medio necesario que busque lograr una armoniosa y coordinada satisfacción de ellos”. (Tribunal Constitucional, 2004, Exp. 0013-2003-AI/TC, fundamento 6 de la Sentencia 0013-2003-AI/TC)

Sin embargo, resulta necesario señalar, dicha prerrogativa no puede ser ejercida de forma absoluta, excluyéndose del resto del ordenamiento nacional. Así lo entiende el máximo intérprete de la Constitución, al afirmar que **dicha autonomía no justifica que las municipalidades actúen como una autarquía**. Esto último quiere decir que la actuación municipal no puede ir contra los principios de nuestra “carta magna” incluyendo aquellas contenidas en su capítulo económico. De acuerdo con el Tribunal Constitucional (en el 2010), define el Principio de Cooperación de la siguiente forma:

“Este principio implica que el carácter descentralizado del Estado peruano no es incompatible con la configuración de Estado unitario, toda vez que si bien ella supone el establecimiento de órganos de poder territorialmente delimitados, a los cuales se les dota de autonomía política, económica y administrativa, su ejercicio debe realizarse dentro del marco constitucional y legal que regula el reparto competencial de los Gobiernos Regionales y Municipales, por lo que de este principio se derivan, a su vez, deberes concretos para ambos”. (Expediente 014-2009-AI/TC, fundamento 16)

Lo señalado por el Supremo Intérprete de la Constitución es relevante en el sentido de que las diferentes atribuciones que tienen las municipalidades, reconocidas por la Constitución y la Ley Orgánica de Municipalidades, no puede afectar indebidamente los principios reconocidos por la Constitución en su Capítulo Económico, como la Libre Iniciativa Privada y la Libertad de Empresa.

Sobre este último principio mencionado, reconocido en el artículo 59° de nuestra norma suprema, Kresalja (2007) afirmó:

“Así, pues, la libertad de empresa como derecho fundamental goza de un doble carácter: es, por un lado, un derecho subjetivo que le garantiza al individuo un estatus jurídico de libertad y, por otro, un elemento esencial del ordenamiento objetivo de la sociedad, en cuanto se configura como un marco de convivencia humana. Es necesario encontrar un equilibrio entre ambos aspectos y evitar que la normativa que regula su ejercicio devengue en intervencionismo, lo que no significa rechazar la normativa que resulta indispensable para la intervención de la administración (...)”. (Pág. 35)

Respecto al derecho de la libre iniciativa privada, el Tribunal Constitucional señala:

“Otro principio que informa a la totalidad del modelo económico es el de la libre iniciativa privada, prescrito en el artículo 58° de la Constitución y que se encuentra directamente conectado con lo establecido en el inciso 17), artículo 2° del mismo texto, el cual establece el derecho fundamental de toda persona a participar, ya sea en forma individual o asociada, en la vida económica de la Nación. De ello se colige que toda persona natural o jurídica tiene derecho a emprender y desarrollar, con autonomía plena, la actividad económica de su preferencia, afectando o destinando bienes de cualquier tipo a la producción y al intercambio económico con la finalidad de obtener un beneficio o ganancia material”. (Expediente 008-2003-AI/TC, fundamento 17)

Asimismo, es relevante tener en cuenta lo señalado por la Sala de INDECOPI, con especialidad en Eliminación de Barreras Burocráticas, sobre los límites en las atribuciones municipales (en la Resolución N° 230-2018/SEL-INDECOPI):

“Con relación a las competencias con las que cuentan las municipalidades provinciales en el ámbito del transporte público, la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, precisa que estas cuentan, de manera exclusiva, con la función de normar, regular, planificar y supervisar el servicio público de transporte urbano e interurbano. Dicha ley establece, además, que los gobiernos locales están sujetos a las leyes y disposiciones que, de manera general y de conformidad con la Constitución Política del Perú regulan las actividades y funcionamiento del Sector Público”. (Expediente 0119-2017/CEB, fundamento 26)

Por otra parte, resulta necesario analizar el rango de ley que poseen las ordenanzas municipales, ya que puede comprenderse como una norma sometida a control constitucional; a través de las demandas de inconstitucionalidad; según la Constitución Política del Perú de 1993, en su artículo 200, numeral 4 se dispone:

“Artículo 200°: Acciones de Garantía Constitucional

Son garantías constitucionales:

(...)

4. La acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general, y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma y en el fondo”.

Entonces, si bien es cierto que las ordenanzas tienen rango de ley, esta cualidad es ejercida en el ámbito de su territorio y respecto de materias de su competencia, sean estas exclusivas o compartidas (Expediente 0021-2005-PI/TC). En consecuencia, debido a que lo regulado por las ordenanzas municipales solo se aplican en un ámbito territorial limitado, no pueden contravenir aquello que se encuentra regulado por normas de rango de ley, que tienen alcance nacional. Dentro de este último grupo de normas podemos mencionar al Decreto Legislativo 751, norma vigente al inicio de la década de los noventa que promueve la inversión privada. Por lo tanto, frente a la regulación que realiza la Constitución sobre el acceso al mercado y su permanencia en él, la ordenanza municipal -aun teniendo rango de ley- al no tener alcance nacional, no puede contravenir lo dispuesto por normas que sí presentan dicho alcance (como las leyes y decretos legislativos que promueven la libertad de empresa y la inversión privada).

2.2.2. ¿Constituían barreras burocráticas ilegales las restricciones horarias del expendio de licores, establecidas en el artículo primero y segundo de la Ordenanza 271-MDB del 2007?

De acuerdo con Guzmán (2013):

“Desde el punto de vista económico, la regulación económica puede resultar contraproducente en el mercado, generando aún más distorsiones que las que pretende conjurar. De hecho, gran parte de las distorsiones existente en un mercado determinado son generadas por el propio Estado, que genera limitaciones para la inversión, que se definen en general como barreras burocráticas. Para corregir la distorsión es necesaria la actuación del Estado, pero no para regular, sino para reducir la intensidad de la regulación o para eliminarla si la misma no es pertinente. (...)” (Pág. 430)

Se desprende, entonces que, dentro de las actividades realizadas por la administración pública, una de ellas es establecer requisitos que inciden en el acceso o la permanencia de los agentes económicos en el mercado, estos requisitos constituyen las denominadas **barreras burocráticas**, norma que define a una barrera burocrática como exigencia, requisito o limitación, Es importante señalar que esto último no significa obligatoriamente algún carácter de ilegalidad o irracionalidad; toda vez que, una barrera burocrática puede ser necesaria para mantener el orden y funcionamiento social. Por ejemplo, son permitidos los requisitos administrativos que deben ser cumplidos por los ciudadanos para el procedimiento de cualquiera de sus solicitudes.

Sobre estas barreras burocráticas el Decreto Legislativo 1256 otorga competencia a la Comisión del Indecopi para analizar su legalidad y razonabilidad, debido a que se procura no afectar

indebidamente el acceso al mercado y su permanencia en el mismo, o las normas de simplificación administrativa. Es por lo que Maraví afirma (2013, Pág. 27), “son ilegales las barreras que contravienen la normatividad vigente, mientras que son irracionales las barreras que son contrarias a las prácticas y principios de orden lógico, razonable y proporcional” .

En ese sentido, la Sala de Defensa de la Competencia de INDECOPI ha señalado en la Resolución 695-2008/TDC-INDECOPI:

“Tanto la Comisión como esta Sala, en segunda instancia, están en la obligación de evaluar aquellos casos en los que las disposiciones y medidas emanadas de las diferentes entidades que conforman la administración pública, incluidos los gobiernos locales, establezcan barreras burocráticas que impidan u obstaculicen el libre acceso y la permanencia de los agentes económicos en el mercado, para lo cual deberán analizar lo siguiente: i) La legalidad de la medida cuestionada, con la finalidad de determinar si esta ha respetado las formalidades y procedimientos establecidos por las normas aplicables al caso concreto y, asimismo, si se encuadra dentro de las atribuciones y competencias conferidas a la autoridad correspondiente; y, en caso de haber pasado satisfactoriamente este análisis, se procederá a determinar. ii) La racionalidad de dicha medida, lo que incluye evaluar si esta se justifica en una función de interés público a cargo de la autoridad administrativa, así como determinar aquellos casos en que estas medidas sean desproporcionadas en relación a sus fines o establezcan discriminaciones injustificadas entre agentes económicos que concurren en el mercado”. (Expediente N° 023-2007/CAM, fundamento 40)

En el presente caso, el art. primero y segundo de la Ordenanza 271 (año 2007) emitida por la MDB, cuestionados en la denuncia señalan lo siguiente:

“Artículo Primero. Implementar en la jurisdicción del distrito de Barranco el "PLAN ZANAHORIA"; propuesto por la Séptima Región Policial, PROHIBIENDO el consumo de licor en la vía pública y estableciéndose las 23 horas como horario máximo para la venta de bebidas alcohólicas para llevar en todo tipo de local que cuente con autorización para su comercialización.

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

Dichas restricciones se encuadran en las competencias que tienen los municipios para la regulación del funcionamiento de los centros comerciales, fábricas y actividades profesionales, ello según lo determinado por la Ley Orgánica de Municipalidades del 2003 (LOM). Además, nuestro Tribunal Constitucional, ha determinado que la promulgación de este tipo de medidas (normas que regulan el horario de funcionamiento) forman parte de las competencias de los gobiernos locales. Entonces, considero correcto que los municipios tengan la capacidad de emitir normas donde se consignen restricciones horarias para el funcionamiento de los establecimientos que se encuentren en su jurisdicción.

Lo señalado se corrobora con lo dispuesto por las siguientes normas:

- Ley 27972 (numeral 7.1, del artículo 73°) –emitida por el Congreso de la República del Perú en el 2003– donde se ha establecido que todo gobierno local posee dentro de sus competencias y funciones la capacidad de contribuir en la lucha contra la adicción a las drogas y el alcoholismo; pudiendo elaborar planes de prevención y rehabilitación.
- Ley 28681 (artículo 3°) –promulgada por el Congreso de la República del Perú– norma en la cual se estipula la capacidad de las entidades ediles para restringir el horario de funcionamiento de aquellos locales donde se realice la venta de licores.

De ello, se desprende que las municipalidades son competentes para regular el horario de atención en los centros comerciales comprendidos en su territorio, al igual que los horarios para el expendio de todo tipo de licores.

Ahora bien, habiendo concluido que la municipalidad denunciada sí tenía competencia para haber impuesto las restricciones horarias (legalidad de fondo); correspondía evaluar si se cumplió con las formalidades y procedimientos que exige el marco legal vigente. En ese contexto se advierte que la municipalidad denunciada aprobó las restricciones de horarios de funcionamiento a través de una ordenanza debidamente publicada en El Peruano, por lo que se cumplió con las formalidades correspondientes.

En consecuencia, la restricción horaria para la venta de bebidas alcohólicas, materializada en el artículo primero de la Ordenanza 71- MDB, y la restricción horaria de funcionamiento vinculada al cierre del local, materializada en el artículo segundo de la Ordenanza 271-MDB y en la Resolución Subgerencial N° 174-2018-SGC-GDE-MDB, no constituyen barreras burocráticas

ilegales, ya que fueron emitidas por la municipalidad dentro del marco de sus competencias, mediante la norma que correspondía (ordenanza) y sin vulnerar el marco legal vigente.

2.2.3. ¿Se puede considerar como barrera burocrática ilegal el acto administrativo que prohíbe fumar o mantener encendidos los productos de tabaco en los locales públicos y privados de esparcimiento de un distrito?

La denunciante CRB S.A.C. cuestionó en su escrito la prohibición de fumar y mantener encendidos productos de tabaco (literal d) artículo 3º de la Ordenanza 342-MDB). Para determinar si la barrera burocrática debía eliminarse, corresponde en primer lugar, analizar la legalidad de dicha medida.

Al respecto, se debe considerar que según el artículo 38º de la Ley 27972 (año 2003), la potestad reglamentaria de las municipalidades debe ser ejercida de acuerdo con el Principio de Legalidad, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del derecho administrativo. Se advierte entonces que esta última norma establece que las competencias que poseen las municipalidades están limitadas por aquello que establecen las normas con rango de ley y de alcance nacional.

Respecto al marco normativo que regula la protección a la salud respecto a los productos derivados del tabaco, se debe considerar que, en el año 2004, el Perú ratificó el Convenio Marco para el Control del Tabaco, a través del cual los diferentes Estados se comprometieron a proteger a sus habitantes de las secuelas perjudiciales producidas por el consumo cigarrillos y exposición al humo producido por el tabaco. Como consecuencia de la obligación asumida por el estado peruano, se promulgó la Ley 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo de Tabaco, norma que en el art. 3º establece el

impedimento de fumar en todo centro de salud, de educación, entidad pública, oficinas, etc. Esta última norma en su artículo 18º dispone que las municipalidades, de acuerdo a sus competencias, realizarán las **inspecciones necesarias**⁴ para verificar el cumplimiento de dicha ley, respecto al consumo de productos derivados del tabaco. Es así como, se aprecia que las municipalidades no están facultadas para restringir o prohibir más allá de lo regulado por el art. 3º de la referida ley.

Consecuentemente, debe tenerse en cuenta el art. 48º del Reglamento de la Ley 28705, aprobado mediante el DS 015-2008-SA, el cual no faculta a los gobiernos locales la potestad de adicionar restricciones a las ya determinadas por dicho decreto, respecto al consumo de productos derivados del tabaco. Por lo tanto, las atribuciones de las municipalidades se circunscriben al ejercicio de la potestad sancionadora cuando se incumpla lo determinado por la Ley 28705 y su propio reglamento. Además, la LOM, Ley 27972 (año 2003) otorga a las municipalidades facultades fiscalizadoras mas no reguladoras (ello incluye lo relacionado con las restricciones al consumo del tabaco).

Por tanto, de la norma que prohíbe fumar en lugares públicos de esparcimiento, promulgada por la Ordenanza 342 (2011) de la MDB en su art. 3.d, se colige que la municipalidad denunciada ha incluido supuestos adicionales a lo establecido por la Ley 28705, ya que la prohibición regulada por la ley mencionada versa solamente para los “lugares cerrados”. Así es como se prohíbe consumir tabaco en cualquier centro de salud, educación, entidades públicas, oficinas, medios de transporte público y todo espacio público cerrado.

⁴ El énfasis realizado tiene como finalidad resaltar que las atribuciones municipales fundamentalmente se refieren a labores de inspección o de fiscalización; es decir garantizar la obediencia del reglamento y la ley.

La ordenanza denunciada (artículo 3°) disponía que se encontraba prohibido consumir cigarrillos o cualquier producto tabaquero, así como mantenerlos activos; dentro de todo centro público y privado de esparcimiento. Ello constituye una prohibición más restrictiva que las indicadas en la Ley 28705 y su Reglamento, ya que no distinguía si las características de los centros de esparcimiento, mercados estadios y centros comerciales son cerrados bajo techo y entre paredes, conforme el supuesto de la ley y su reglamento. De esta forma, resultaba más restrictiva en comparación de la ley y de su reglamento. Esto último evidencia una afectación al principio de Legalidad. Al respecto, INDECOPI a través de la Resolución 1630-2012/SC1-INDECOPI ha indicado:

“(…) las facultades conferidas a la Administración Pública deben ser ejercidas en el marco de la Constitución y las leyes, debiendo contar con una norma que les otorgue competencia de manera expresa. Cabe indicar que ello también ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional, el cual señaló que, en las relaciones de derecho público, la administración únicamente puede actuar en el marco de las facultades que le han sido expresamente concedidas”.
(Expediente 140-2011/CEB, fundamento 26)

Sobre dicho principio, Cortez (2015) además afirma que, encuentra razón al comprender que la administración pública debe estar enfocada al servicio de la ciudadanía; sin exceder las disposiciones del marco normativo. Entonces, queda claro que las entidades públicas solo podrán actuar en bases a sus competencias y funciones previamente establecidas por ley.

III. POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS ADVERTIDOS

3.1. Competencia de la Comisión (CEB) del INDECOPI para ordenar la inaplicación de las barreras burocráticas cuestionadas por el denunciante

Las municipalidades –de acuerdo con la Constitución y su Ley Orgánica– son autónomas y las ordenanzas tienen rango de ley, ello no excluye que la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (CEB) tenga competencia para analizar la legalidad y la razonabilidad de una barrera burocrática.

Dicho control no se remite a la “pertinencia constitucional” de la barrera cuestionada, por lo que no se superpone a la finalidad del Proceso de Inconstitucionalidad, sino que tiene como finalidad determinar si la afectación al acceso o permanencia del mercado es legal y/o razonable. Ello se justifica en que el contrapeso de las atribuciones de una entidad pública para imponer restricciones, prohibiciones o requisitos que constituyen barreras burocráticas, no debe afectar indebidamente los bienes jurídicos protegidos por la Constitución en su capítulo económico.

Es por lo que la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (CEB) sí tenía competencia para pronunciarse sobre las barreras burocráticas cuestionadas la denuncia formulada por la persona jurídica CRB S.A.C.

3.2. ¿Constituían barreras burocráticas ilegales las restricciones horarias para el expendio de licores; establecidas en la Ordenanza 271 de la MDB?

En congruencia al anterior capítulo, se puede concluir que las restricciones horarias constituyen barreras burocráticas legales debido a que dichas medidas fueron impuestas por la MDB en concordancia con

sus competencias, mediante la norma correspondiente (ordenanza) y según lo establecido en el marco jurídico vigente.

Esto tiene correspondencia con el criterio establecido por el tribunal Constitucional ante la demanda de inconstitucionalidad que se formuló contra una ordenanza presentada por el gobierno local distrital de Miraflores (municipalidad) que restringía el horario de atención de las discotecas ubicadas en la zona conocida como “Calle de las Pizzas”.

Finalmente, es preciso señalar que, pese a que las restricciones horarias fueron legalmente impuestas, al no haber presentado CRB medios probatorios que permitan evaluar la razonabilidad, no es posible realizar dicho análisis.

3.3. ¿El acto administrativo de la MDB que prohíbe fumar o conservar activos los bienes tabaqueros en sus establecimientos privados o públicos de esparcimiento se considera una barrera burocrática ilegal?

En el presente caso, de lo desarrollado previamente se concluye que la MDB, de acuerdo con ley, no era competente para imponer la restricción cuestionada en la denuncia a la luz de lo regulado por el Congreso, en la Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco y su correspondiente Reglamento. En consecuencia, dicha restricción era una barrera burocrática ilegal, ya que la entidad edil reguló sobre una materia que no se encontraba dentro de su competencia.

En consecuencia, correspondía ordenar la inaplicación de dicha restricción no solamente para el denunciante, sino también, una vez publicado un fragmento de la resolución en El Peruano la mencionada inaplicación alcanzaba a otros establecimientos comerciales que tuviesen el mismo giro del negocio.

IV. POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE LAS RESOLUCIONES EMITIDAS

4.1. Referente a la resolución emitida por la Comisión (CEB) de INDECOPI

Me encuentro conforme con lo resuelto por la Comisión en primera instancia ya que, resultando dicho colegiado competente para pronunciarse sobre la legalidad o razonabilidad de una barrera burocrática contenida en una ordenanza municipal, las restricciones horarias eran **legales**; porque son limitaciones parciales que no priva a los agentes económicos de realizar sus actividades, ni a los ciudadanos de asistir a dicho establecimientos; logrando de esta manera tiempos razonables para el equilibrio entre la actividad económica-social y el bienes de la ciudadanía. Mientras que la prohibición respecto al consumo de productos derivados del tabaco era **ilegal** ya que la disposición cuestionada resultaba ser más restrictiva que lo señalado por la propia ley y su respectivo reglamento. Por ello, considero que correspondía disponer su inaplicación.

4.2. Sobre la resolución emitida por la Sala Especializada de INDECOPI

En segunda instancia la Sala se pronunció únicamente sobre la apelación formulada por la Municipalidad respecto a la declaración de ilegalidad de la barrera burocrática relacionada con la prohibición del consumo de productos derivados del tabaco en ciertos lugares. Al respecto, me encuentro conforme con lo resuelto por la Sala ya que confirmó la decisión de la Comisión sobre argumentos similares.

Además, considero acertada la aclaración que la Sala realiza respecto a la importancia de los problemas de salud pública que agobian a nuestro país y el deber de los gobiernos locales para corregirlos. Sin embargo, en aras de subsanar estos problemas sociales no podemos permitir irregularidades o quebrantamientos al orden jurídico; a pesar de las “buenas intenciones” de las entidades o funcionarios públicos.

V. CONCLUSIONES

- A pesar de la autonomía que posee todo gobierno local, las ordenanzas emitidas por ellos **no deben ir en contra de la unidad del ordenamiento jurídico**, lo cual incluye lo relacionado con el capítulo económico de nuestra actual Constitución del 93 y el marco legislativo promotor de la libre iniciativa privada.
- Las restricciones horarias de funcionamiento cuestionadas por la empresa denunciante CRB S.A.S fueron impuestas conforme a las competencias de la municipalidad denunciada, a través de los instrumentos de gestión correspondientes (ordenanza) y de acuerdo con lo establecido en el marco jurídico vigente. Toda vez que se emitieron sin alterar el equilibrio entre la actividad económica y el orden social. Por lo tanto, **no constituían barreras burocráticas ilegales**.
- La MDB no posee la competencia o función para extender o extralimitar las restricciones establecidas previamente por una ley, ya sea la Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo de Tabaco o cualquier otra. Entonces, la Ordenanza 342-2011 de la MDB **se considera una barrera burocrática ilegal**; por haber prohibido fumar y mantener activados los bienes tabaqueros en cada centro público y privado del distrito, al haber ampliado el alcance de las restricciones.
- Entonces, deducimos que no es correcto ponderar o preferir un derecho sobre otro analizando únicamente el bien jurídico que protegen, como el derecho a la salud o la libertad de empresa. El análisis debe comprender las acciones realizadas en contribución a los derechos y hacer prevalecer las acciones con mayores beneficios, pero con menores perjuicios. Por tanto, queda plenamente establecido que, sin importar los favores del fin perseguido (así sea el bienestar común) siempre debemos ceñirnos al respeto del marco normativo.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Libros y revistas

Kresalja Roselló, B. (2007). Consideraciones constitucionales y legales sobre la competencia económica. *Pensamiento Constitucional*. Volumen (12) Núm. (12), 17-117.

Guzmán, C. (2013) *Manual del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Instituto Pacífico.

Maraví, M. (2013). Eliminación de Barreras Burocráticas. *Revista de la Competencia y de la Propiedad Intelectual* (17), p. 28.

Cortez, J. (2015) Gobierno electrónico como herramienta clave para la mejora del procedimiento administrativo y la prestación de servicios al ciudadano. *Actualidad Jurídica* (260), p. 238.

Normas

Congreso Constituyente Democrático (1993) Constitución Política del Perú.

Congreso de la República (2001) Ley 27444 (Ley del Procedimiento Administrativo General).

Ley Orgánica de Municipalidades (2003) Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades.

Municipalidad Distrital de Barranco (2010) Ordenanza 271 MDB.

Municipalidad Distrital de Barranco (2011) Ordenanza 342 MDB.

Jurisprudencia del tribunal Constitucional y Resoluciones del INDECOPI

Tribunal Constitucional (2003). Expediente 0008-2003-AI/TC.

Tribunal Constitucional (2003). Expediente 0013-2003-AI/TC.

Tribunal Constitucional (2005). Expediente 0021-2005-PI/TC.

Tribunal Constitucional (2014). Expediente 014-2009-AI/TC.

Sala de Defensa de la Competencia (2008) Expediente 023-2007/CAM.

Sala de Defensa de la Competencia N° 1 (2012) Expediente 000140-2011/CEB.

Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas (2018) Expediente 0119-2017/CEB.

VII. ANEXOS

- Denuncia.
- Admisión a trámite.
- Contestación a la denuncia.
- Resolución de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas.
- Recurso de apelación.
- Resolución emitida por la Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas.

ANEXO

**RESOLUCIÓN DE LA SALA
ESPECIALIZADA EN ELIMINACIÓN DE
BARRERAS BUROCRÁTICAS**



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas

RESOLUCIÓN 0190-2020/SEL-INDECOPI

EXPEDIENTE 000055-2019/CEB

artículo 3 de la Ordenanza 342-MDB².

2. El 26 de marzo de 2019, mediante Resolución 0183-2019/STCEB-INDECOPI, la Secretaría Técnica de la Comisión admitió a trámite la denuncia en los términos señalados en el numeral anterior³.
3. El 8 de abril de 2019, la Municipalidad presentó sus descargos.
4. El 12 de julio de 2019, por Resolución 0348-2019/CEB-INDECOPI, la Comisión declaró barrera burocrática ilegal la prohibición de fumar y mantener encendidos productos de tabaco en todos los centros públicos y privados de esparcimiento, materializada en el literal d) del artículo 3 de la Ordenanza 342-MDB, en tanto consideró que la Municipalidad no contaría con facultades para normar aquellos asuntos que han sido regulados por la Ley 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco (en adelante, Ley 28705).
5. El 8 de agosto de 2019, la Municipalidad interpuso recurso de apelación en contra de la Resolución 0348-2019/CEB-INDECOPI, en los siguientes términos:
 - (i) Las municipalidades cuentan con autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia, en virtud de las atribuciones otorgadas por el artículo 194 de la Constitución Política del Perú (en adelante, la Constitución), por lo que corresponde a la denunciante cumplir con lo dispuesto en la Ordenanza 342-MDB.
 - (ii) Las ordenanzas, conforme al artículo 40 de la Ley 27972⁴, Ley Orgánica de Municipalidades (en adelante, Ley 27972), tienen rango de ley, por

² **ORDENANZA 342-MDB, APRUEBAN RÉGIMEN DE PREVENCIÓN Y CONTROL DE LOS RIESGOS DEL CONSUMO DE TABACO**

"Artículo 3.- De las prohibiciones destinadas a la protección contra la exposición al humo de tabaco. Se encuentra prohibido fumar y mantener encendidos productos de tabaco:

(...)

d) **En todos los centros públicos y privados de esparcimiento**, mercados, estadios, coliseos y centros comerciales.

(...)"

(Énfasis agregado).

³ Cabe precisar que también se admitió a trámite la denuncia por la presunta imposición de las siguientes medidas:

(i) La restricción horaria para la venta de bebidas alcohólicas, materializada en el artículo primero de la Ordenanza 271-MDB, que prohíbe el consumo de licor en la vía pública y establece horarios para el expendio y consumo de bebidas alcohólicas.

(ii) La restricción horaria de funcionamiento, materializada en el artículo primero de la Ordenanza 271-MDB, que prohíbe el consumo de licor en la vía pública y establece horarios para el expendio y consumo de bebidas alcohólicas y en la Resolución Subgerencial 174-2018-SGC-GDE-MDB.

Sin embargo, la Comisión declaró que no constituyen barreras burocráticas ilegales y no fueron objeto de impugnación por la denunciante, por lo que no forma parte del análisis del procedimiento en esta instancia.

⁴ **LEY 27972, LEY ORGÁNICA DE MUNICIPALIDADES**

ARTÍCULO 40.- ORDENANZAS

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

(...)

2/15

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 PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Eliminación de Barreras BurocráticasRESOLUCIÓN 0190-2020/SEL-INDECOPI
EXPEDIENTE 000055-2019/CEB

tanto, su inaplicabilidad debió ser cuestionada en sede judicial mediante una acción de inconstitucionalidad.

- (iii) La Ordenanza 342-MDB es de conocimiento público por lo que debe ser cumplida por los establecimientos públicos como mercados, centros comerciales, coliseos, entre otros, ya que se encuentran comprendidos dentro de la descripción de "espacio público cerrado", por cuanto son techados y cuentan con más de una pared de estructura.
- (iv) La medida tiene como finalidad reducir el consumo del tabaco, por tanto, se justifica en el cumplimiento de lo dispuesto por la Ley 28705 y en la política adoptada por el Estado respecto del uso del tabaco y la protección de la salud de las personas.
- (v) La ordenanza ha sido expedida en el marco de lo dispuesto por el inciso 8 del artículo 9 y el artículo 39 de la Ley 27972⁵, por lo que no corresponde hacer efectiva la inaplicación solicitada, así como la medida correctiva decretada por la Comisión.

II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

- 6. Determinar si corresponde o no confirmar la Resolución 0348-2019/CEB-INDECOPI que declaró barrera burocrática ilegal la prohibición de fumar y mantener encendidos productos de tabaco en todos los centros públicos y privados de esparcimiento, materializada en el literal d) del artículo 3 de la Ordenanza 342-MDB.

III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

III.1 Cuestión previa: sobre la Competencia de la Comisión y la Sala

- 7. En apelación, la Municipalidad alegó que la Ordenanza 342-MDB tiene rango de ley y fue emitida en virtud de su autonomía reconocida por el artículo 194 de la Constitución, por tanto, su inaplicabilidad debió ser cuestionada en sede judicial mediante una acción de inconstitucionalidad.

⁵ LEY 27972, LEY ORGÁNICA DE MUNICIPALIDADES
ARTÍCULO 9.- ATRIBUCIONES DEL CONCEJO MUNICIPAL

Corresponde al concejo municipal:

(...)

8. Aprobar, modificar o derogar las ordenanzas y dejar sin efecto los acuerdos.

(...)

ARTÍCULO 38.- ORDENAMIENTO JURÍDICO MUNICIPAL

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

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

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

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

3/15

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 PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas

RESOLUCIÓN 0190-2020/SEL-INDECOPI

EXPEDIENTE 000055-2019/CEB

8. Sobre el rango de ley de las ordenanzas, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 00014-2009-PI/TC, resolvió lo siguiente:

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL - EXPEDIENTE 00014-2009-PI/TC

"(...)

16. Las ordenanzas de los gobiernos regionales o locales tienen efecto en el ámbito de su territorio y respecto de materias de su competencia (exclusiva o compartida). Por consiguiente, tal como se expresó en las SSTC 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC, deben tomarse en cuenta las competencias repartidas a partir de la Constitución a las diferentes entidades del gobierno que tienen facultades normativas. (...)
17. Como es de apreciarse, las ordenanzas no podrán contravenir normas emitidas por el Poder Legislativo cuando éstas estén fundamentadas y competencias repartidas a partir de la dirigidas a regular aspectos propios del gobierno nacional. **En este tipo de casos, claramente se estaría frente a una situación en donde una norma de rango legal -como la ordenanza municipal o regional- no tendría la fuerza activa para derogar o modificar una ley formal emitida por el Congreso de la República, y ésta, por el contrario, despliega una fuerza pasiva frente a tales ordenanzas.**

(Énfasis agregado).

9. Al respecto, el propio Tribunal Constitucional se ha referido a la jerarquía normativa de las ordenanzas municipales aclarando que, si bien cuentan con **rango de ley**, no poseen **fuerza de ley**, lo cual supone que no pueden contravenir normas emitidas por el Poder Legislativo (leyes en sentido formal).
10. En esa línea, el Decreto Legislativo 1256, Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas, (en adelante, Decreto Legislativo 1256) faculta a los órganos resolutivos en eliminación de barreras burocráticas a evaluar la legalidad y/o razonabilidad de medidas contenidas en disposiciones administrativas, como lo son las ordenanzas municipales⁶.
11. Adicionalmente, si bien las municipalidades cuentan con autonomía política, económica y administrativa para regular materias de su competencia, tal como

⁶ DECRETO LEGISLATIVO 1256, LEY DE PREVENCIÓN Y ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS

Artículo 3.- Definiciones

Para efectos de la presente ley, debe tenerse en cuenta las siguientes 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. (...).

4. Formas de materialización: las barreras burocráticas se materializan a través de actos administrativos, disposiciones administrativas y/o actuaciones materiales. (...).

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.

4/15

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

155

000149



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas

RESOLUCIÓN 0190-2020/SEL-INDECOPI

EXPEDIENTE 000055-2019/CEB

lo indican los artículos 194 y 195 de la Constitución⁷, ello no significa que pueda dictar disposiciones que contengan barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad, pues dichas disposiciones solo serán válidas en tanto se encuentren acordes con las demás normas que conforman el marco jurídico vigente, de conformidad con lo señalado en los artículos II y VIII de la Ley 27972⁸.

12. Así, esta Sala reconoce que las municipalidades cuentan con autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Sin embargo, es conveniente precisar que el Tribunal Constitucional ha sido enfático en señalar que dicha garantía no debe ser confundida con autarquía, debido a que "(...) desde el mismo momento en que el ordenamiento constitucional lo establece, su desarrollo debe realizarse respetando a ese ordenamiento jurídico"⁹. En ese sentido, dicho organismo ha precisado que "(...) la autonomía de los gobiernos locales no es absoluta sino por el contrario relativa, por cuanto su actuación tiene

7 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

Artículo 194.- Las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno local. Tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Las municipalidades de los centros poblados son creadas conforme a ley.

La estructura orgánica del gobierno local la conforman el Concejo Municipal como órgano normativo y fiscalizador y la Alcaldía como órgano ejecutivo, con las funciones y atribuciones que les señala la ley.

Los alcaldes y regidores son elegidos por sufragio directo, por un período de cuatro (4) años. No hay reelección inmediata para los alcaldes. Transcurrido otro período, como mínimo, pueden volver a postular, sujetos a las mismas condiciones. Su mandato es revocable, conforme a ley. El mandato de alcaldes y regidores es irrenunciable, con excepción de los casos previstos en la Constitución.

Para postular a Presidente de la República, Vicepresidente, Congresista, Gobernador o Vicegobernador del Gobierno Regional; los Alcaldes deben renunciar al cargo seis (6) meses antes de la elección respectiva.

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:

1. Aprobar su organización interna y su presupuesto.
2. Aprobar el plan de desarrollo local concertado con la sociedad civil.
3. Administrar sus bienes y rentas.
4. Crear, modificar y suprimir contribuciones, tasas, arbitrios, licencias y derechos municipales, conforme a ley.
5. Organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales de su responsabilidad.
6. Planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones, incluyendo la zonificación, urbanismo y el acondicionamiento territorial.
7. Fomentar la competitividad, las inversiones y el financiamiento para la ejecución de proyectos y obras de infraestructura local.
8. Desarrollar y regular actividades y/o servicios en materia de educación, salud, vivienda, saneamiento, medio ambiente, sustentabilidad de los recursos naturales, transporte colectivo, circulación y tránsito, turismo, conservación de monumentos arqueológicos e históricos, cultura, recreación y deporte, conforme a ley.
9. Presentar iniciativas legislativas en materias y asuntos de su competencia.
10. Ejercer las demás atribuciones inherentes a su función, conforme a ley.

8 LEY 27972, LEY ORGÁNICA DE MUNICIPALIDADES

Título Preliminar

Artículo II.- Autonomía

Los gobiernos locales gozan de autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia.

La autonomía que la Constitución Política del Perú establece para las municipalidades radica en la facultad de ejercer actos de gobierno, administrativos y de administración, con sujeción al ordenamiento jurídico.

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

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

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

⁹ Sentencia recaída en el Expediente 0010-2003-AI/TC del 15 de diciembre de 2004, en el proceso de inconstitucionalidad seguido por el alcalde de la Municipalidad Provincial del Santa en contra del artículo 30 de la Ley 27181, Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre.

5/15

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

156



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas
RESOLUCIÓN 0190-2020/SEL-INDECOPI
EXPEDIENTE 000055-2019/CEB

que enmarcarse dentro de los límites establecidos por la Constitución y la ley (...)»¹⁰.

13. Por otro lado, sobre si la inaplicabilidad de la Ordenanza 342-MDB debió ser cuestionada en sede judicial mediante una acción de inconstitucionalidad, cabe indicar que el análisis por parte de la Comisión, y también por la Sala, está dirigido a determinar los alcances de las ordenanzas municipales que materializarían las barreras burocráticas denunciadas y su adecuación a las normas legales aplicables¹¹, mas no si dichas normas municipales han sido emitidas conforme con la Constitución¹². De evaluar este último aspecto, la autoridad administrativa estaría aplicando un "control difuso" de tales ordenanzas, lo cual no está permitido.
14. En efecto, la figura jurídica consistente en inaplicar una norma de rango de ley porque transgrede una norma de rango constitucional es conocida como el "control difuso" de la constitucionalidad de las normas. Sin embargo, las entidades de la administración pública, como la Municipalidad y el Indecopi, no resultan ser competentes para ejercer dicho mecanismo de control de constitucionalidad¹³.

¹⁰ Sentencia recaída en el Expediente 00028-2007-PI/TC del 4 de mayo de 2009, en el proceso de inconstitucionalidad seguido por el alcalde de la Municipalidad Distrital de Huaraz contra el artículo 13.1 de la Ley 29035, Ley que Autoriza Crédito Suplementario en el Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2007 y dicta otras medidas.

¹¹ **DECRETO LEGISLATIVO 1256, DECRETO LEGISLATIVO QUE APRUEBA LA LEY DE PREVENCIÓN Y ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS**
Artículo 6. - Atribuciones de las autoridades en materia de eliminación de barreras burocráticas
6.1. De la Comisión y la Sala

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

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.
(Subrayado agregado)

¹² La competencia de la Comisión y la Sala incluso ha sido ratificada por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 0014-2009-PI/TC, en la que señaló lo siguiente:

SENTENCIA RECAÍDA EN EL EXPEDIENTE 0014-2009-PI/TC:

"(...) la Comisión se desenvuelve dentro del ámbito del control de la legalidad de determinadas actividades que pueden afectar la competitividad general en el territorio nacional y por ende el propio y normal desarrollo de la libertad de empresa o de comercio (...). Sin perjuicio de lo anotado, en este caso este Colegiado debe puntualizar, a partir de lo expresado en los fundamentos anteriores, que la CEB, cuando "inaplica" una ordenanza, formalmente no alega su inconstitucionalidad sino su ilegalidad. (...)"
(Énfasis y subrayado agregado).

¹³ Sobre el particular, en el marco del Expediente 04293-2012-PA/TC, el 18 de marzo de 2014, el Tribunal Constitucional ha señalado enfáticamente lo siguiente:

SENTENCIA EMITIDA EN EL EXPEDIENTE 04293-2012-PA/TC

"34. (...) en ningún caso, los tribunales administrativos tienen la competencia, facultad o potestad de ejercer tal atribución (el control difuso), por lo que corresponde dejar sin efecto el precedente vinculante citado.

6/15

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 PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas

RESOLUCIÓN 0190-2020/SEL-INDECOPI

EXPEDIENTE 000055-2019/CEB

15. A mayor abundamiento, cabe precisar que la Comisión y la Sala tienen facultad para ordenar la inaplicación con efectos generales de las barreras burocráticas materializadas en disposiciones administrativas¹⁴, pero no para derogar estas. Por tal razón, el Decreto Legislativo 1256 autoriza que se recurra a la Defensoría del Pueblo¹⁵, considerando que la Constitución ha otorgado a esta última institución la facultad para interponer acción de inconstitucionalidad¹⁶. Por tanto, corresponde desestimar lo alegado por la Municipalidad.

III.2 Sobre la medida denunciada

16. Por Resolución 0348-2019/CEB-INDECOPI la Comisión declaró barrera burocrática ilegal la prohibición de fumar y mantener encendidos productos de tabaco en todos los centros públicos y privados de esparcimiento, materializada en el literal d) del artículo 3 de la Ordenanza 342-MDB.
17. La primera instancia sustentó su decisión indicando que la Municipalidad no contaría con facultades para normar aquellos asuntos que han sido regulados por la Ley 28705. Además, que la prohibición materia de análisis resultaría ilegal, en tanto crearía un nuevo supuesto no contemplado en la referida ley, lo cual contraviene el principio de legalidad y el artículo 38 de la Ley 27972.

35. En consecuencia, el Tribunal Constitucional considera que conceder facultades a los tribunales administrativos para ejercer el control difuso lleva a quebrar el equilibrio entre democracia y constitucionalismo, al permitir que quien por imperio de la Constitución no posee legitimidad directa y expresa pueda hacer ineficaces las normas jurídicas vigentes, a lo que se añade que puede ocurrir que muchas de tales actuaciones no sean objeto de revisión por órgano jurisdiccional alguno, en caso no se cuestione el resultado de un procedimiento administrativo³⁵.

- ¹⁴ **DECRETO LEGISLATIVO 1256, LEY DE PREVENCIÓN Y ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS**
Artículo 6. - Atribuciones de las autoridades en materia de eliminación de barreras burocráticas
6.1. De la Comisión y la Sala
(...) 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.
Artículo 8.- De la inaplicación con efectos generales de barreras burocráticas ilegales contenidas en disposiciones administrativas
8.1. Cuando en un procedimiento iniciado a pedido de parte o de oficio, la Comisión o la Sala, declare la ilegalidad de barreras burocráticas materializadas en disposiciones administrativas, dispone su inaplicación con efectos generales. (...).
- ¹⁵ **DECRETO LEGISLATIVO 1256, LEY DE PREVENCIÓN Y ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS**
Artículo 11. - Mecanismos para lograr la derogación de las disposiciones administrativas que contienen barreras burocráticas
En los procedimientos iniciados de oficio, el Indecopi puede interponer la demanda de acción popular contra decretos supremos u otras normas de inferior jerarquía que contengan barreras burocráticas identificadas como ilegales y/o carentes de razonabilidad, a fin de lograr su derogación o nulidad. Asimismo, acudir a la Defensoría del Pueblo para que se interponga la demanda de inconstitucionalidad contra normas municipales y regionales de carácter general con rango de ley que contengan barreras burocráticas identificadas como ilegales y/o carentes de razonabilidad.
- ¹⁶ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993**
Artículo 203.- Están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad:
1. El Presidente de la República.
2. El Fiscal de la Nación.
3. El Defensor del Pueblo.
4. El veinticinco por ciento del número legal de congresistas.
5. Cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones. Si la norma es una ordenanza municipal, está facultado para impugnarla el uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda del número de firmas anteriormente señalado.
6. Los presidentes de Región con acuerdo del Consejo de Coordinación Regional, o los alcaldes provinciales con acuerdo de su Concejo, en materias de su competencia.
7. Los colegios profesionales, en materias de su especialidad.

7/15

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

158



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas

RESOLUCIÓN 0190-2020/SEL-INDECOPI
EXPEDIENTE 000055-2019/CEB

18. De la revisión de la ordenanza, se observa que a través del literal d) del artículo 3 de la Ordenanza 342-MDB, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 21 de julio de 2011, la Municipalidad prohibió fumar y mantener encendidos productos de tabaco en todos los centros públicos y privados de esparcimiento, tal como se observa a continuación:

ORDENANZA 342-MDB

"Artículo 3.- De las prohibiciones destinadas a la protección contra la exposición al humo de tabaco.

Se encuentra prohibido fumar y mantener encendidos productos de tabaco:

(...)

d) En todos los centros públicos y privados de esparcimiento, mercados, estadios, coliseos y centros comerciales.

(...)"

(Énfasis agregado).

19. Al respecto, el artículo 3 de la Ley 28705¹⁷, así como el artículo 5 del Decreto Supremo 015-2008, Reglamento de la Ley 28705 (en adelante, el reglamento)¹⁸, señalan que está prohibido fumar en los siguientes lugares:

- a) establecimientos dedicados a la salud o a la educación,
- b) en las dependencias públicas,
- c) en los interiores de los lugares de trabajo,
- d) en los espacios públicos cerrados, y
- e) en cualquier medio de transporte público.

20. En ese sentido, se puede apreciar que la prohibición de fumar en todos los centros públicos y privados de esparcimiento, materializada en el literal d) del artículo 3 de la Ordenanza 342-MDB, incorporada por la Municipalidad en la Ordenanza 342-MDB, no se encuentra establecida en la Ley 28705 ni en su reglamento.

21. Sobre este punto, la Municipalidad afirma que es de conocimiento público que los mercados, centros comerciales, coliseos, entre otros¹⁹, se encuentran comprendidos dentro de la descripción de "espacio público cerrado", por cuanto son techados y cuentan con más de una pared de estructura.

¹⁷ LEY 28705-LEY GENERAL PARA LA PREVENCIÓN Y CONTROL DE LOS RIESGOS DEL CONSUMO DEL TABACO
Artículo 3.- De la protección contra la exposición al humo de tabaco
Prohíbese fumar en los establecimientos dedicados a la salud o a la educación, en las dependencias públicas, en los interiores de los lugares de trabajo, en los espacios públicos cerrados y en cualquier medio de transporte público, los que son ambientes ciento por ciento libres de humo de tabaco.

¹⁸ DECRETO SUPREMO 015-2008-SA, REGLAMENTO DE LEY 28705-LEY GENERAL PARA LA PREVENCIÓN Y CONTROL DE LOS RIESGOS DEL CONSUMO DEL TABACO
Artículo 5.- De la prohibición de fumar:
5.1 Está prohibido fumar en la totalidad de los ambientes de los establecimientos dedicados a la salud y educación, así como en el interior de los lugares de trabajo y las dependencias públicas.
5.2 Asimismo, se encuentra prohibido fumar en los interiores de todo espacio público cerrado y en todo medio de transporte público.

¹⁹ De lo indicado por la entidad edil en su escrito de apelación, se entiende que alega que sería de conocimiento público que todos los centros públicos y privados de esparcimiento calificarían como "espacios públicos cerrados".



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Eliminación de Barreras BurocráticasRESOLUCIÓN 0190-2020/SEL-INDECOPI
EXPEDIENTE 000055-2019/CEB

22. Al respecto, el inciso 1 del artículo 4 del reglamento, define los espacios públicos cerrados como todo lugar de acceso público que se encuentre cubierto por un techo y que tenga más de una pared, independientemente del material utilizado, de su extensión o altura y de su carácter temporal o permanente²⁰.
23. Por otro lado, el Diccionario de la Real Academia Española define el esparcimiento como diversión, recreo o pasatiempo²¹, en ese sentido, los centros de esparcimiento, a efectos del presente caso, son aquellos lugares a los que las personas recurren en busca de diversión, recreo o realizar algún pasatiempo.
24. Ahora bien, a manera de ejemplo, tenemos las áreas verdes como centros de esparcimiento. Al respecto, la Ordenanza 1852, Ordenanza para la conservación y gestión de áreas verdes en la provincia de Lima emitida por la Municipalidad Metropolitana de Lima, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 28 de diciembre de 2014, señala que las áreas verdes representan los espacios favoritos para el esparcimiento de los habitantes de la ciudad de Lima²².
25. Sobre las áreas verdes en el distrito [REDACTED] de la revisión del portal electrónico del Sistema Peruano de Información Jurídica, se observa que la Municipalidad cobra arbitrios por concepto de parques y jardines, por tanto, dicho distrito cuenta con centros de esparcimiento (áreas verdes - parques) que no califican como espacios públicos cerrados conforme a la definición del reglamento, en tanto, no son lugares cubiertos por un techo y más de una pared.
26. Asimismo, se debe considerar que el literal d) del artículo 3 de la Ordenanza 342-MDB establece la prohibición materia de análisis para todos los centros de esparcimiento, por lo que, de acuerdo a lo indicado por la Municipalidad, no debería existir alguno que no califique como espacio público cerrado; sin embargo, se ha demostrado lo contrario con la existencia de áreas verdes como

²⁰ DECRETO SUPREMO 015-2008-SA, REGLAMENTO DE LA LEY 28705, MODIFICADO POR EL ARTÍCULO 1 DEL DECRETO SUPREMO 001-2011-SA
Artículo 4- Definiciones

1. Espacios públicos cerrados: Todo lugar de acceso público que se encuentre cubierto por un techo y que tenga más de una pared, independientemente del material utilizado, de su extensión o altura y de su carácter temporal o permanente.

²¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., [versión 23.3 en línea] <https://dle.rae.es>, consultado el 23 de septiembre de 2020.

²² ORDENANZA 1852, ORDENANZA PARA LA CONSERVACIÓN Y GESTIÓN DE ÁREAS VERDES EN LA PROVINCIA DE LIMA.

Artículo 9.- Importancia de las áreas verdes.

Las áreas verdes son de fundamental importancia para conseguir la sostenibilidad de la ciudad de Lima y para el mejoramiento de la calidad de vida de sus habitantes.

La creación, conservación, mantenimiento y expansión de áreas verdes es indispensable por los múltiples servicios ambientales y sociales que brindan. Entre los más importantes se encuentran la generación de oxígeno, disminución de los niveles contaminantes en el aire, amortiguamiento del ruido, regulación del clima, disminución de la erosión del suelo, además de representar sitios de refugio, protección y alimentación de la fauna silvestre.

En cuanto a los servicios sociales, las áreas verdes representan los espacios favoritos para la convivencia, el esparcimiento, recreación activa y pasiva de sus habitantes, además del realce de la imagen urbana.

Por ello, la Municipalidad Metropolitana de Lima y las Municipalidades Distritales están obligadas a conservar, defender, proteger y mantener las áreas verdes de uso público de su competencia, sea de manera directa o a través de convenios de cooperación con las entidades públicas o privadas o la sociedad civil organizada, impulsando las medidas necesarias para evitar su deterioro.

(subrayado agregado)



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas

RESOLUCIÓN 0190-2020/SEL-INDECOPI

EXPEDIENTE 000055-2019/CEB

centros de esparcimiento. Por lo expuesto, se desvirtúa lo argumentado por la entidad edil.

27. A mayor abundamiento, esta Sala en un anterior pronunciamiento²³ sobre una barrera materializada en la misma disposición administrativa, ya ha indicado que los centros públicos o privados de esparcimiento, podrían tener ambientes que no califiquen como un espacio público cerrado (lugar cerrado entre más de una pared y un techo) ni como dependencias públicas o interiores de lugares de trabajo, y que por tal motivo, la prohibición cuestionada es más amplia que la contenida en ley referida.
28. Ahora bien, teniendo en cuenta que la Municipalidad incorporó una prohibición adicional a las señaladas en la Ley 28705 y su reglamento, a continuación, corresponde analizar si dicha entidad contaba con competencias para ello en atención al marco normativo aplicable.
29. Sobre el particular, el artículo IV literal 1.1 del Título Preliminar del Decreto Supremo 004-2019-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, TUO de la Ley 27444) establece que las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la Ley y al Derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas²⁴.
30. Cabe precisar que dicho principio también se encuentra recogido en el artículo VIII de la Ley 27972, el cual señala que las municipalidades ejercen sus competencias con sujeción a las leyes²⁵.
31. A través de la Ley 28705 se reguló un marco normativo para proteger a las personas contra las consecuencias sanitarias, sociales, ambientales y

²³ La Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas, mediante Resolución 0033-2018/SEL-INDECOPI del 7 de febrero de 2018, en el procedimiento seguido por Draka Diversiones S.R.L. y Gianna Elizabeth Villavicencio Crisostomo contra la Municipalidad Distrital de Barranco, declaró barrera burocrática ilegal la prohibición de fumar y mantener encendidos productos de tabaco en todos los centros públicos y privados de esparcimiento, mercados, estadios, coliseos y centros comerciales, establecida en el literal d) del artículo 3 de la Ordenanza 342-MDB.

²⁴ **DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**
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:
1.1. Principio de legalidad. - Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.
(...)

²⁵ **LEY 27972, LEY ORGÁNICA DE MUNICIPALIDADES**
Título Preliminar
Artículo VIII.- Los gobiernos locales están sujetos a las leyes y disposiciones que, de manera general y de conformidad con la Constitución Política del Perú, regulan las actividades y funcionamiento del Sector Público; así como a las normas técnicas referidas a los servicios y bienes públicos, y a los sistemas administrativos del Estado que por su naturaleza son de observancia y cumplimiento obligatorio.
Las competencias y funciones específicas municipales se cumplen en armonía con las políticas y planes nacionales, regionales y locales de desarrollo.

10/15

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

161



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas

RESOLUCIÓN 0190-2020/SEL-INDECOPI

EXPEDIENTE 000055-2019/CEB

000152

económicas del consumo del tabaco y de la exposición al humo causado por éste. Asimismo, se fijaron reglas para la comercialización de dicho producto²⁶.

32. De la revisión del artículo 18 de la referida ley²⁷ y de los artículos 7, 11 y 12 de su reglamento²⁸, se desprende que las municipalidades únicamente se encuentran facultadas para realizar inspecciones necesarias que aseguren el cumplimiento de las disposiciones contenidas en dicha norma, así como para sancionar a los infractores de la ley y su reglamento.
33. Si bien las municipalidades cuentan con competencia de control a fin de inspeccionar que los establecimientos se encuentran libre de tabaco, dicha

²⁶ LEY 28705, LEY GENERAL PARA LA PREVENCIÓN Y CONTROL DE LOS RIESGOS DEL CONSUMO DEL TABACO
Artículo 1.- Objeto de la Ley

La presente Ley tiene por objeto establecer un marco normativo sobre las medidas que permitan:

1. Proteger a la persona, familia y la comunidad contra las consecuencias sanitarias, sociales, ambientales y económicas del consumo de tabaco y de la exposición al humo de tabaco, a fin de reducir dicho consumo y exposición de manera continua y sustancial.
2. Que los productos del tabaco sean comercializados de manera responsables, asegurando que su publicidad, promoción y comercialización esté dirigida solamente a mayores de edad y que éstas sean coherentes con el principio de que el consumo de tabaco debe ser una opción sólo para adultos informados de los riesgos de consumo.
3. Medidas para la reducción de la oferta ilegal de productos de tabaco en todo el territorio nacional.

²⁷ LEY 28705, LEY GENERAL PARA LA PREVENCIÓN Y CONTROL DE LOS RIESGOS DEL CONSUMO DEL TABACO
Artículo 18.-

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

(...)

(Subrayado agregado)

²⁸ DECRETO SUPREMO 015-2008-SA, REGLAMENTO DE LA LEY 28705, MODIFICADO POR EL ARTÍCULO 1 DEL DECRETO SUPREMO 001-2011-SA

Artículo 7.- De las inspecciones a cargo de las Municipalidades y del Ministerio de Salud

7.1 La autoridad municipal, las Direcciones Regionales de Salud o quienes hagan sus veces en los Gobiernos Regionales y el Ministerio de Salud, realizarán inspecciones y mediciones periódicas de contaminantes del humo de tabaco en los centros laborales, restaurantes, cafés, bares, hoteles, centros deportivos y centros de entretenimiento, y sancionarán a los infractores conforme a lo señalado en el artículo 48 del presente Reglamento; y, el artículo 128 y el Título Sexto de la Ley N° 26842 -Ley General de Salud, respectivamente.

(...)

Artículo 11.- Vigilancia Municipal

Las Municipalidades vigilarán y harán cumplir las disposiciones contenidas en el presente Reglamento y aplicarán las sanciones de acuerdo a sus competencias y facultades establecidas por Ley.

Artículo 12.- Facultades de inspección

12.1 Para inspeccionar los ambientes cien por ciento libres de humo de tabaco, conforme a la Ley, podrán realizarse las siguientes actividades:

- a) Reconocimiento físico de la señalización en los lugares referidos en los artículos 5, 8 y 10 del Reglamento.
- b) Verificar la inexistencia de personas con cigarrillos u otros productos de tabaco encendidos.
- c) Medición de presencia de humo de tabaco en las zonas señaladas en el artículo 5 del Reglamento.

Sin perjuicio de lo expuesto, los Reglamentos Internos de Trabajo de las entidades públicas o empresas privadas deben incluir la prohibición expresa de fumar en todas sus instalaciones, así como los mecanismos internos para denunciar a quienes fumen donde esté prohibido.

12.2 Corresponde a las Municipalidades Provinciales y Distritales inspeccionar el incumplimiento de la señalización señalada en el literal a) del numeral 12.1 del Reglamento.

12.3 Corresponde al Ministerio de Salud, a través de la Dirección General de Salud Ambiental - DIGESA, a las Direcciones Regionales de Salud de los Gobiernos Regionales o los órganos que hagan sus veces, así como a las Municipalidades Provinciales y Distritales, en el ámbito de sus competencias, realizar las actividades señaladas en los literales b) y c) del numeral 12.1 del Reglamento. Para tal efecto, el Ministerio de Salud aprobará mediante Resolución Ministerial una Norma Técnica de Inspecciones que constituya un documento técnico orientador sobre la materia.

(Subrayado agregado)



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas

RESOLUCIÓN 0190-2020/SEL-INDECOPI

EXPEDIENTE 000055-2019/CEB

competencia no supone el ejercicio de competencia normativa, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 124 y 125 de la Ley General de Salud²⁹.

34. De otro lado, la Ley 27972 señala que las municipalidades distritales tienen competencia para regular temas relacionados con la salubridad, dicha competencia debe ejercerse de conformidad con el principio de legalidad.
35. En conclusión, de la revisión de dichas normas, se puede observar que las municipalidades únicamente tienen competencia para fiscalizar el cumplimiento de la Ley 28705 y su reglamento, mas no para establecer restricciones mayores.
36. En ese sentido, toda vez que, en el presente caso, por el literal d) del artículo 3 de la Ordenanza 342-MDB la Municipalidad reguló una prohibición adicional a las ya establecidas en la normativa general, cuyo cumplimiento resulta exigible a los titulares de los establecimientos en cuestión, esta Sala considera que dicha entidad ha actuado fuera del ámbito de sus competencias en contravención con lo dispuesto en la Ley 28705, así como en los artículos VIII de la Ley 27972 y IV del Título Preliminar del TUO de la Ley 27444, los cuales señalan que las entidades deben actuar dentro de las facultades que les han sido conferidas.
37. Por lo expuesto, corresponde confirmar la Resolución 0348-2019/CEB-INDECOPI del 12 de julio de 2019, que declaró barrera burocrática ilegal la prohibición de fumar y mantener encendidos productos de tabaco en todos los centros públicos y privados de esparcimiento, establecida en el literal d) del artículo 3 de la Ordenanza 342-MDB.
38. Finalmente, la entidad edil indicó que la medida tiene como finalidad reducir el consumo del tabaco, por tanto, se justifica en el cumplimiento de lo dispuesto por la Ley 28705 y en la política adoptada por el Estado respecto del uso del tabaco y la protección de la salud de las personas.
39. Sin embargo, la justificación de la medida o la existencia de un interés público es parte del análisis de razonabilidad, específicamente al determinar si la medida es o no es arbitraria conforme al numeral 1 del artículo 18 del Decreto Legislativo 1256³⁰ y en el presente caso, al haberse verificado la ilegalidad de la medida

²⁹ **LEY 26842, LEY GENERAL DE SALUD**

Artículo 124.- En aplicación y cumplimiento de las normas de salud que dicta la Autoridad de Salud de nivel nacional, los órganos desconcentrados o descentralizadas quedan facultados para disponer, dentro de su ámbito, medidas de prevención y control de carácter general o particular en las materias de su competencia.

Artículo 125.- El ejercicio descentralizado de competencias de control en materias de salud, no supone, en ningún caso, el ejercicio de competencia normativa, salvo estipulación en contrario de la propia ley.

La delegación de competencias de control en materia de salud, no supone, en ningún caso, la delegación de facultades normativas.

³⁰ **DECRETO LEGISLATIVO 1256, LEY DE PREVENCIÓN Y ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS**

Artículo 18.- Análisis de razonabilidad

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

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

1. La existencia del interés público que sustentó la medida cuestionada. El interés público alegado debe encontrarse dentro del ámbito de atribuciones legales de la entidad.
2. La existencia del problema que se pretendía solucionar con la medida cuestionada.

12/15

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

163



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas

RESOLUCIÓN 0190-2020/SEL-INDECOPI

EXPEDIENTE 000055-2019/CEB

materia de análisis, no resulta necesario efectuar un análisis sobre su razonabilidad, en aplicación del numeral 3 del artículo 14 del Decreto Legislativo 1256³¹; por tanto, no corresponde atender el argumento presentado por la Municipalidad.

III.3. Otros extremos de la Resolución 0348-2019/CEB-INDECOPI

40. Mediante Resolución 0348-2019/CEB-INDECOPI del 12 de julio de 2019, la Comisión determinó lo siguiente:
- (i) La inaplicación de la medida declarada barrera burocrática ilegal al caso concreto de la denunciante³²
 - (ii) Disponer la inaplicación con efectos generales de la medida declarada barrera burocrática ilegal³³.
 - (iii) Disponer la publicación de un extracto de la resolución en el diario oficial "El Peruano" y de su texto completo en el portal informativo sobre eliminación de barreras burocráticas³⁴.
 - (iv) Ordenar como medida correctiva que la Municipalidad informe a los administrados (en un plazo no mayor a cinco días hábiles) acerca de la barrera burocrática declarada ilegal en el presente procedimiento³⁵.
 - (v) Ordenar a la Municipalidad que cumpla con informar (en un plazo no mayor a un mes) respecto de las medidas adoptadas con relación a lo resuelto por la Comisión³⁶.
41. Respecto de los ítems del (i) al (iv), la Municipalidad señaló en su recurso de apelación que, la Ordenanza 342-MDB ha sido expedida en el marco de lo dispuesto por el inciso 8 del artículo 9 y el artículo 39 de la Ley 27972, por lo que no corresponde hacer efectiva la inaplicación solicitada, así como la medida correctiva decretada por la Comisión.

3. Que la medida cuestionada resulta idónea o adecuada para lograr la solución del problema y/o para alcanzar el objetivo de la medida.

³¹ **DECRETO LEGISLATIVO 1256, LEY DE PREVENCIÓN Y ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS**
Artículo 14.- Análisis de legalidad

14.3. Si se determina la ilegalidad por alguna de las razones mencionadas en el párrafo precedente, no es necesario que la Comisión o la Sala continúe con el análisis de razonabilidad. En el mismo sentido, si la Comisión o la Sala desestima que la barrera burocrática sea ilegal, procede con el análisis de razonabilidad cuando se cumpla la condición establecida en el artículo 15.

³² Resuelve Cuarto de la Resolución 0348-2019/CEB-INDECOPI.

³³ Resuelve Quinto de la Resolución 0348-2019/CEB-INDECOPI.

³⁴ Resuelve Sexto de la Resolución 0348-2019/CEB-INDECOPI.

³⁵ Resuelve Séptimo de la Resolución 0348-2019/CEB-INDECOPI.

³⁶ Resuelve Octavo de la Resolución 0348-2019/CEB-INDECOPI.

13/15

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 PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas

RESOLUCIÓN 0190-2020/SEL-INDECOPI

EXPEDIENTE 000055-2019/CEB

42. Sobre el particular, de conformidad con el numeral 1 del artículo 10 del Decreto Legislativo 1256³⁷, la Comisión o la Sala, de ser el caso, **pueden disponer la inaplicación al caso concreto de la medida declarada ilegal** o carente de razonabilidad, asimismo, de acuerdo a los numerales 1 y 2 del artículo 8 del Decreto Legislativo 1256³⁸, la Comisión o la Sala, **disponen la inaplicación con efectos generales y emiten medidas correctivas respectivamente**, cuando se declare la ilegalidad de una barrera burocrática.
43. En consecuencia, toda vez que, la Comisión y la Sala se encuentran facultadas por ley para disponer la inaplicación al caso concreto, la inaplicación con efectos generales y la emisión de medidas correctivas, y que la Sala ha determinado la ilegalidad de la medida denunciada, se desestima lo alegado por la entidad edil y corresponde confirmar lo resuelto por la Comisión respecto de los ítems del (i) al (iv).
44. Con relación a lo señalado en el punto (v), dado que la medida analizada fue declarada barrera burocrática ilegal por la Comisión, y ello ha sido confirmado por la Sala, corresponde también confirmar dicho extremo.

IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA

PRIMERO: confirmar la Resolución 0348-2019/CEB-INDECOPI del 12 de julio de 2019, que declaró como barrera burocrática ilegal la prohibición de fumar y mantener encendidos productos de tabaco en todos los centros públicos y privados de esparcimiento, materializada en el literal d) del artículo 3 de la Ordenanza 342-MDB.

SEGUNDO: ordenar la inaplicación con efectos generales de la barrera burocrática declarada ilegal, de acuerdo con lo contemplado en el artículo 8 del Decreto Legislativo 1256, Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas.

TERCERO: ordenar la publicación de un extracto de la presente resolución con respecto de la barrera burocrática declarada ilegal en el diario oficial "El Peruano" y del texto completo en el Portal sobre Eliminación de Barreras Burocráticas, conforme con el artículo 51 del Decreto Legislativo 1256, Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas.

³⁷ **DECRETO LEGISLATIVO 1256, LEY DE PREVENCIÓN Y ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS**

Artículo 10.- De la inaplicación al caso concreto

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

³⁸ **DECRETO LEGISLATIVO 1256, LEY DE PREVENCIÓN Y ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS**

Artículo 8.- De la inaplicación con efectos generales de barreras burocráticas ilegales contenidas en disposiciones administrativas

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

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

14/15

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

165

000154



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas
RESOLUCIÓN 0190-2020/SEL-INDECOPI
EXPEDIENTE 000055-2019/CEB

CUARTO: confirmar los Resuelve Cuarto, Séptimo y Octavo de la Resolución 0348-2019/CEB-INDECOPI del 12 de julio de 2019.

Con la intervención de los señores [REDACTED]

[REDACTED]
Presidente

15/15

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

166