



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI



Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas
Anexo 1327

INFORME N° 028-2012/INDECOPI-CEB

A : **HEBERT EDUARDO TASSANO VELA OCHAGA**
Presidente del Consejo Directivo del Indecopi

DE : **FRANCISCO OCHOA MENDOZA**
Secretario Técnico (e)
Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas

LUIS MARCELO GORRIO
Especialista 2
Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas

ASUNTO : Hoja de Trámite N° 87509

FECHA : 30 de julio de 2012

De acuerdo a lo solicitado, se remite el presente Informe Técnico que atiende el pedido formulado por el señor Jaime Delgado Zegarra, Presidente de la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos del Congreso de la República.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante Oficio N° 1293.04.06, el Congresista Delgado solicitó al despacho de la Presidencia del Consejo Directivo del Indecopi emitir opinión especializada respecto al Proyecto de Ley N° 1313/2011-CR, que propone la "Ley que prohíbe la venta de bebidas alcohólicas en los establecimientos ubicados en la periferie de las universidades, institutos superiores y centros educativos a nivel nacional".
2. Mediante Hoja de Trámite N° 87509, recibida el 20 de julio de 2012, se encargó a la Secretaría Técnica de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (en adelante, "la Secretaría Técnica") atender el pedido antes señalado.

II. ANÁLISIS:

II.1. Facultades de la Secretaría Técnica para emitir informes:

3. Lo primero a tener en cuenta es que de acuerdo a lo dispuesto en el



[Handwritten signature]



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

artículo 26°BIS del Decreto Ley N° 25868¹, el artículo 2° de la Ley N° 28996² y el artículo 23° del Decreto Legislativo N° 1033, la Comisión es competente para conocer de los actos y disposiciones de las entidades administrativas del Estado que impongan barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad a fin de propender a su eliminación. Conforme a dichas normas legales, las barreras burocráticas son aquellos actos o disposiciones emitidos por entidades de la Administración Pública que establecen exigencias, requisitos, limitaciones, prohibiciones o cobros que restringen el acceso o permanencia de los agentes económicos al mercado formal o que contravienen las normas y principios de simplificación administrativa.

4. En ese sentido, no obstante que en la práctica, algunas leyes pueden tener el mismo efecto o impacto que una barrera burocrática, la Comisión no es competente para pronunciarse respecto de las mismas en el ejercicio de sus facultades resolutorias, toda vez que no se tratan de actos o disposiciones administrativas sino de disposiciones legislativas.
5. Por tanto, de aprobarse el Proyecto de Ley, la Comisión no sería competente para declarar que dicha norma constituye una barrera burocrática.
6. Sin embargo, ello no impide que la Secretaría Técnica pueda emitir opinión mediante informes técnicos no vinculantes a la función resolutoria, respecto de un Proyecto de Ley cuando así lo disponga el Presidente del Consejo Directivo del Indecopi³, en atención al impacto o efecto que el mismo puede representar para el adecuado funcionamiento del mercado y/o en las normas de simplificación administrativa, por lo que a continuación se emite el presente informe.

II.2. Análisis del proyecto de ley:

7. Como se ha señalado las barreras burocráticas son exigencias, requisitos, limitaciones, prohibiciones o cobros que restringen el acceso o permanencia de los agentes económicos al mercado formal o que contravienen las normas y principios de simplificación administrativa.

¹ Decreto Ley N° 25868 (Publicado en el diario oficial "El Peruano" el 24 de noviembre de 1992).

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

² Ley N° 28996, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 4 de abril de 2007.

³ De conformidad con el artículo 44°, numeral 44.1 literal e) del Decreto Legislativo N° 1033





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

8. De la revisión del presente proyecto de ley se aprecia que se incluiría la prohibición de vender bebidas alcohólicas en los establecimientos ubicados en la *periferie*⁴ de las universidades, institutos superiores y centros educativos a nivel nacional. (sic)
9. Al respecto, en ninguno de los cuatro artículos del proyecto de ley se establece cuál será el metraje alrededor de las universidades, institutos superiores o centros educativos que se verá afectado con dicha prohibición.
10. En tal sentido, esta Secretaría Técnica recomienda establecer de manera precisa el metraje que va a ser afectado por la presente prohibición, pues de lo contrario, ello podría ser determinado arbitrariamente por la autoridad supervisora o fiscalizadora. Asimismo, señalar los motivos que sustentaron la elección de dicho metraje.
11. Por otro lado, se debe mencionar que nuestra Constitución Política reconoce en su artículo 58º la libre iniciativa privada, que consiste en el derecho de toda persona a optar por dedicarse a la actividad económica de su preferencia (ya sea a través de la producción, distribución o comercialización de bienes o servicios) para la satisfacción de sus necesidades⁵. Para ello se establece una serie de derechos económicos, dentro de los cuales se encuentra la libertad de empresa (artículo 59º), que implica el derecho de toda persona natural o jurídica para acceder al mercado y elegir libremente la forma de organización y de desarrollo de la actividad económica que ha determinado para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios⁶.
12. Cabe indicar que la libertad de empresa, al igual que otras libertades económicas, se encuentra sujeta a las limitaciones constitucionales de no vulneración a la moral, la salud y la seguridad pública, además de otras restricciones específicas que prevea la ley, conforme lo establece el artículo 59º de la Constitución. Sin embargo, tal como ha señalado el Tribunal Constitucional, no obstante que el ejercicio de la libertad de empresa se encuentra sujeto a los límites de la ley, las restricciones a este derecho por parte del Estado deben ser *siempre razonables y proporcionales* a los fines que se pretenden alcanzar.

Sentencia recaída en el expediente N° 0008-2003-AI

⁴ Conforme a lo establecido por la Real Academia Española, la periferia es el espacio que rodea un núcleo cualquiera.
⁵ El concepto de libre iniciativa privada es desarrollado en el artículo 3º del Decreto Legislativo N° 757.
⁶ Ver Sentencia recaída en el Expediente N° 00082003-AI, a través del cual el Tribunal Constitucional identifica y define el contenido esencial de los principios y libertades del Régimen Constitucional Económico.



Handwritten initials



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

"33. (...)

*El ejercicio de toda actividad económica puede limitarse. Sin embargo, es preciso que las restricciones legales adoptadas no enervan esa legítima autonomía, así como también impidan a los operadores económicos privados diseñar su propia estrategia para ofrecer, adquirir, vender o hasta permutar en el mercado. Ello, sin perjuicio de reconocer que incluso las medidas estatales que pretendan operar sobre el ámbito de las libertades económicas deben ser razonables y proporcionadas.
(...)"*

13. En ese sentido, al momento de analizarse la validez de una restricción a la libertad de empresa, no solo es necesario encontrar un sustento legal y constitucional que valide la posibilidad de establecer limitaciones a las actividades económicas en función de la seguridad pública, salud u otros fines públicos, sino que es necesario que la medida se encuentre justificada en atención a los parámetros mínimos de orden lógico y de proporcionalidad.
14. La CEB al analizar la razonabilidad de una restricción originada por la Administración Pública, utiliza una metodología que consiste en que la entidad que impone la medida responda a las siguientes interrogantes⁷:
 - ¿Cuál es la finalidad de la norma?
 - ¿Cuál es el problema que se pretende solucionar?
 - ¿Cuáles son los costos o efectos que la norma podría generar en los agentes económicos y en el mercado en general?
 - ¿Existen opciones menos gravosas o costosas para conseguir la misma finalidad?
15. La metodología empleada por la CEB guarda similitud con los test de razonabilidad utilizada por distintos tribunales en el mundo⁸, incluyendo al Tribunal Constitucional Peruano al momento de evaluar disposiciones emanadas de una ley nacional.
16. Así, nuestro Tribunal Constitucional emplea el "test de proporcionalidad" de manera similar al CEB⁹, identificando, entre otros aspectos, la idoneidad de la restricción, que implica que determinar no solo que exista un fin legítimo que la justifique, sino que además la medida adoptada sea adecuada y relevante para alcanzar dicho objetivo (que guarde relación con el fin). El referido test también exige que la medida sea necesaria, es decir, que el



AA

⁷ Metodología de análisis establecida por el Tribunal de Indecopi mediante Resolución N° 182-97-TDC (Publicada en el diario oficial El Peruano el 20 de agosto de 1997).

⁸ Ver publicación de *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, elaborado por Laura Clérico (Editorial Universitaria de Buenos Aires – 2009). En dicha publicación se desarrolla el test de proporcionalidad que emplea el Tribunal Constitucional Federal Alemán; esta metodología consiste de manera básica en desarrollar tres principios: (i) el de idoneidad; (ii) el de necesidad; y, (iii) el de proporcionalidad.

⁹ Ver sentencias recaídas en los Expedientes N° 0045-2004-AI/TC, 004-2006-AI/TC, 0025-2005-AI/TC, 0026-2005-AI/TC y 0018-2003-AI/TC y 06089-2006-AA.





PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

legislador haya analizado medios alternativos que, cumpliendo con la finalidad, sean menos gravosos o costoso; finalmente, se exige que la medida sea **proporcional** en sentido estricto, lo cual involucra que el grado de realización de la finalidad propuesta (los beneficios a la sociedad) sea por lo menos equivalente al grado de afectación del derecho afectado (los costos que genera la restricción).

17. En el presente caso, el establecimiento de dicha prohibición significaría una afectación al derecho de libertad de empresa de los agentes económicos, ya que se encontrarían impedidos de acceder al mismo, por lo cual se debe señalar las causas que fundamentan la adopción de dicha medida.



18. Al respecto, en la exposición de motivos del proyecto de ley se señalen diversos problemas que buscarían ser solucionados con la prohibición propuesta, tales como la venta de bebidas alcohólicas preparadas con alcohol metílico¹⁰, el desorden en las calles, la delincuencia, el pandillaje y los asaltos a personas indefensas (niños, damas y ancianos). Sin embargo, no se ha sustentado la relación que existe entre la adopción de la prohibición señalada y la solución de los problemas planteados.

19. Por ello, se recomienda desarrollar el sustento de cómo la medida que se pretende adoptar se encuentra relacionada a la solución de los problemas planteados en la exposición de motivos del proyecto de ley.

20. Asimismo, en el análisis costo beneficio que se menciona en la exposición de motivos del proyecto de ley únicamente se hace respecto al impacto que se daría respecto del Estado y no se toma en cuenta el impacto que soportarían los agentes económicos, teniendo en cuenta que se estaría afectando su libertad de empresa.

21. En tal sentido, se recomienda realizar un análisis costo beneficio del impacto de la medida en los agentes económicos.

22. Finalmente, en el artículo 3º del proyecto de ley se encarga al Poder Ejecutivo que establezca la reglamentación correspondiente. Al respecto, se recomienda señalar los aspectos que podrán ser reglamentados.

III. CONCLUSIONES:

En primer lugar, se debe señalar que la Comisión de Barreras Burocráticas no

¹⁰ El cual debe tener un uso industrial exclusivo para elaborar pinturas y no para el consumo humano.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

es competente para, en virtud a su facultad resolutoria, pronunciarse sobre barreras al acceso o permanencia en el mercado contenidas en leyes.

Asimismo, de la revisión del Proyecto de Ley N° 1313/2011-CR, se recomienda lo siguiente:

- Establecer de manera precisa el metraje que va a ser afectado por la presente prohibición, pues de lo contrario, ello podría ser determinado arbitrariamente por la autoridad supervisora o fiscalizadora. Asimismo, señalar los motivos que sustentaron la elección de dicho metraje.
- Desarrollar el sustento de cómo la medida que se pretende adoptar se encuentra relacionada a la solución de los problemas planteados en la exposición de motivos del proyecto de ley
- Realizar un análisis costo beneficio del impacto de la medida en los agentes económicos afectados.
- Señalar los aspectos que podrán ser reglamentados por el Poder Ejecutivo.

Es todo cuanto tengo que informar.


FRANCISCO OCHOA MENDOZA
Secretario Técnico (e)


LUIS MARCELO GORRIO
Especialista 2

