

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE ELIMINACIÓN DE BARRERAS
BUROCRÁTICAS
DENUNCIADA : MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE BARRANCO
DENUNCIANTE : CÁMARA DE COMERCIO DE BARRANCO
MATERIA : ACCESO AL MERCADO
BARRERAS BUROCRÁTICAS
ACTIVIDAD : ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

SUMILLA: *Se confirma la Resolución 0082-2009/CEB-INDECOPI del 30 de abril de 2009 en el extremo apelado que declaró que la restricción de horarios en el distrito de Barranco constituye una barrera burocrática irrazonable, debido a que limita no solo una zona específica de generación de ruidos molestos por aglomeración de locales de diversión, sino la totalidad del distrito.*

Se precisa que la presente Resolución es emitida sin perjuicio de las facultades de la Municipalidad Distrital de Barranco para sancionar incluso con la clausura definitiva a los establecimientos que ocasionen problemas de seguridad, orden, tranquilidad, salud y otros en el distrito, de conformidad con la Ley Orgánica de Municipalidades.

Lima, 17 de diciembre de 2009

I. ANTECEDENTES

1. El 16 de diciembre de 2008, la Cámara de Comercio de Barranco (en adelante, la Cámara) denunció ante la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (en adelante, la Comisión) a la Municipalidad Distrital de Barranco (en adelante, la Municipalidad) contra la restricción del horario de funcionamiento establecida mediante Ordenanza 271-MDB, alegando lo siguiente:
 - i) La medida cuestionada no se sustenta en aquellas situaciones puntuales indicadas por el Tribunal Constitucional por las que excepcionalmente se justifican las restricciones horarias, como sucede en aquellos casos en que las facultades municipales no son suficientes para asegurar la tranquilidad pública del vecindario frente al funcionamiento de establecimientos o la generación de ruidos molestos.
 - ii) De acuerdo con lo indicado en la propia Ordenanza 271-MDB, la restricción horaria se sustenta en una supuesta asociación entre el licor y el delito, siendo el objetivo principal de la medida la reducción del índice delincencial y garantizar la seguridad del distrito.
 - iii) Las empresas denunciadas se ubican en una zona eminentemente comercial, en donde la residencialidad es mínima o inexistente (Boulevard

Sánchez Carrión y zonas aledañas), por lo que la generación de ruidos a la tranquilidad pública es reducida en comparación de otras zonas del distrito.

2. El 27 de enero de 2009, la Municipalidad presentó sus descargos a la denuncia señalando lo siguiente:
 - i) Según lo indicado por expertos policiales existe una asociación entre el licor y los actos delictivos, por lo que la restricción horaria establecida busca reducir el índice delincencial existente en el distrito de Barranco, así como evitar la perturbación de la tranquilidad y del orden público propiciados por la prostitución clandestina, consumo y venta de drogas y demás escándalos provocados por los concurrentes a los establecimientos que expenden licor y funcionan hasta altas horas de la noche.
 - ii) De acuerdo con la Constitución Política del Perú y la Ley Orgánica de Municipalidades, las municipalidades distritales son competentes para normar y regular el funcionamiento de los establecimientos comerciales, industriales y de actividades profesionales en su distrito, por lo cual se encuentran facultadas a dictar las disposiciones necesarias para garantizar que el funcionamiento de los locales autorizados no afecte la seguridad, salud o tranquilidad del vecindario.
 - iii) El Tribunal Constitucional ha señalado que las municipalidades se encuentran facultadas no solo a otorgar autorizaciones de funcionamiento y a fijar los horarios de los establecimientos, sino también para fiscalizar el desarrollo de las actividades a realizarse en tales locales. Asimismo, ha señalado que las restricciones de horario resultan medidas idóneas y justificadas para proteger la tranquilidad y el estado de salud de los vecinos residentes en las zonas aledañas a aquella en donde opera la restricción, cuando se tiene evidencia de que la realización de las actividades económicas resultan perturbadoras de la tranquilidad pública.
 - iv) De acuerdo con el Informe 020-2009-SGFAT-GAT-MDB emitido por la Subgerencia de Fiscalización y Administración Tributaria de la Municipalidad, el sector en donde las denunciadas desarrollan sus actividades económicas cuenta con un 35% de inmuebles de tipo "vivienda", por lo que no resulta cierto que la residencialidad sea mínima o inexistente en dicha zona.
3. Mediante Resolución 0082-2009/CEB-INDECOPI del 30 de abril de 2009, la Comisión declaró, entre otros, fundada la denuncia por constituir la restricción de horarios de funcionamiento una barrera burocrática irrazonable. La Comisión señaló que la irrazonabilidad obedecía a que la medida cuestionada ha sido impuesta de manera generalizada en todo el distrito y no únicamente

para las zonas en las que se han identificado problemas en la tranquilidad pública.

4. El 11 de mayo de 2009, la Municipalidad apeló la Resolución 0082-2009/CEB-INDECOPI en dicho extremo, reiterando los argumentos expuestos en su contestación a la denuncia.

II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

5. Determinar si la restricción de horarios de funcionamiento cuestionada constituye la imposición de una barrera burocrática ilegal o irrazonable.

III ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

6. 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 siguiente¹:
 - (i) la legalidad de la medida cuestionada, con la finalidad de determinar si ésta ha respetado las formalidades y procedimientos establecidos por las normas aplicables al caso concreto y, asimismo, si encuadra dentro de las atribuciones y competencias conferidas a la autoridad correspondiente; y, en caso de haber pasado satisfactoriamente este análisis, se procederá a determinar;
 - (ii) la razonabilidad de dicha medida, lo que incluye evaluar si ésta se justifica en una función de interés público a cargo de la autoridad administrativa, así como determinar aquellos casos en que estas medidas sean desproporcionadas en relación a sus fines y si finalmente las opciones adoptadas por la autoridad eran las menos gravosas para los agentes económicos que concurren en el mercado.
7. La Sala encuentra conveniente declarar que se encuentra a favor de las acciones municipales dirigidas al mejoramiento de las condiciones de convivencia de los vecinos en cuestiones de salud, orden y seguridad. Sin embargo, esta instancia debe garantizar que las medidas empleadas para ello sean legales y razonables, ya que de lo contrario podría legitimarse medidas arbitrarias que perjudican innecesariamente los derechos de los ciudadanos.

¹ Ver Precedente de Observancia Obligatoria aprobado mediante Resolución 182-97-TDC publicado el 20 de agosto de 1997.

III.1 Análisis de legalidad

Legalidad de fondo

8. El numeral 3.6.4 del artículo 79 de la Ley Orgánica de Municipalidades, dispone como función específica y exclusiva de las municipalidades distritales la de normar, regular y otorgar autorizaciones, derechos y licencias, y realizar la fiscalización de apertura de establecimientos comerciales, industriales y de actividades profesionales de acuerdo con la zonificación. A su vez, el numeral 3.6. del artículo 83 del mismo marco normativo, establece como función específica y exclusiva de las municipalidades distritales la de otorgar licencias para la apertura de establecimientos comerciales, industriales y profesionales.
9. Así, la competencia municipal para normar y regular el funcionamiento de los establecimientos comerciales, industriales y de actividades profesionales, está reconocida expresamente en el ordenamiento jurídico nacional y, en virtud de ello, las municipalidades distritales pueden dictar disposiciones relacionadas al funcionamiento de los establecimientos con la finalidad de garantizar que no afecten la seguridad, la salud o la tranquilidad del vecindario, como es el caso de las disposiciones que regulan el horario de funcionamiento de los establecimientos.
10. Ello ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional en la sentencia 00007-2006-AI, sobre el caso de la restricción de horarios en la denominada Calle de las Pizzas, frente a un cuestionamiento a la competencia municipal para regular horarios de funcionamiento, se refirió también al numeral 3.6.4 del artículo 79 de la Ley Orgánica de Municipalidades y señaló lo siguiente:

“De una interpretación literal de esta disposición se infiere que la regulación de las condiciones relativas a la apertura de establecimientos comerciales constituye materia propia de las Municipalidad Distritales. Ahora bien, bajo este concepto debe entenderse las condiciones y requisitos que, en general, se deben satisfacer para la apertura de establecimientos comerciales. Dentro de ellas, no sólo están los requisitos para la concesión de una licencia de apertura de un establecimiento comercial, sino también las normas que regulan algunos aspectos que, según el caso, puedan estar relacionados con la apertura de establecimientos comerciales.

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

Legalidad de forma

11. El artículo 40 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades establece que las ordenanzas son las normas de carácter general por medio de las cuales se regula las materias en las que las municipalidades tienen competencia normativa². Asimismo, el artículo 44 de la misma ley dispone que las ordenanzas se publican en el Diario Oficial El Peruano en caso de las municipalidades distritales y provinciales del Departamento de Lima y la Provincia Constitucional del Callao³.
12. En el presente caso, la restricción horaria cuestionada ha sido establecida mediante Ordenanza 271-MDB⁴, esto es, mediante el instrumento legal idóneo para ello, y publicada en el Diario Oficial El Peruano el 25 de enero de 2007, es decir de acuerdo con los artículos 40 y 44 de la Ley Orgánica de Municipalidades.
13. Por tales motivos, corresponde declarar que la restricción de horarios cuestionada no constituye una barrera burocrática ilegal. Así, habiéndose superado el análisis de legalidad, corresponde proseguir con el análisis de razonabilidad, de acuerdo con la metodología establecida por el Precedente de Observancia Obligatoria aprobado mediante Resolución 182-97-TDC.

III.2 Análisis de razonabilidad

14. La metodología establecida por la Resolución 182-97-TDC para evaluar la razonabilidad de las exigencias impuestas por las autoridades sigue los parámetros del test de razonabilidad utilizado por distintos tribunales en el mundo⁵, incluyendo al Tribunal Constitucional peruano⁶.

² **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.
(...)

³ **LEY 27972. LEY ORGÁNICA DE MUNICIPALIDADES, Artículo 44.- Publicidad de las Normas Municipales**
Las ordenanzas, los decretos de alcaldía y los acuerdos sobre remuneración del alcalde y dietas de los regidores deben ser publicados:
1. En el Diario Oficial El Peruano en el caso de las municipalidades distritales y provinciales del departamento de Lima y la Provincia Constitucional del Callao.
(...)

⁴ Ordenanza que prohíbe el consumo del licor en la vía pública y se establecen horarios para el expendio y consumo de bebidas alcohólicas.

⁵ Ver, por ejemplo, Stone Sweet, Alec y Mathews, Jud. "Proportionality Balancing and Global Constitutionalism". En: Columbia Journal of Transnational Law, Vol.47 (2008).

15. Esta metodología **exige a la administración acreditar** que el proceso mediante el cual adoptó la regulación cuestionada respetó los siguientes parámetros :
- a) Que la restricción se encuentra justificada por el interés público y es idónea para solucionar el problema que lo afecta.
 - b) Que la restricción es proporcional a los fines que quiere alcanzar. En otras palabras, que los beneficios obtenidos por la restricción son mayores que los costos impuestos por ella.
 - c) Que, en términos generales, la restricción es la menos gravosa para los administrados en relación con otras opciones existentes.
16. A continuación se analiza la restricción impuesta por la Municipalidad siguiendo esta metodología.

III.2.1 Interés Público e idoneidad

17. En relación con el interés público esta Sala considera una realidad la circunstancia especial de que Barranco, al ser un distrito turístico, es pequeño geográficamente pero alberga gran cantidad de establecimientos de diversión, siendo de público conocimiento la gran afluencia de personas a dicho distrito atraídos por el ambiente de fiesta que se impone especialmente los fines de semana.
18. En relación con la idoneidad la Municipalidad ha alegado que la restricción horaria establecida busca reducir el índice delincencial existente en el distrito de Barranco, así como evitar la perturbación de la tranquilidad y del orden público propiciados por la prostitución clandestina, consumo y venta de drogas y demás escándalos provocados por los concurrentes a los establecimientos que expenden licor y funcionan hasta altas horas de la noche.
19. Al respecto, esta Sala considera necesario citar lo manifestado por el Tribunal Constitucional en el sentido que la restricción de horarios de funcionamiento por parte de las municipalidades distritales constituye una medida idónea para resolver problemas de tranquilidad ocasionados por la generación de ruidos molestos, pero no para resolver problemas de seguridad o de comisión de delitos en sus jurisdicciones. El Tribunal Constitucional señaló textualmente lo siguiente:

⁶ Ver, por ejemplo, las sentencias de los expedientes 0016-2002/AI, 008-2003/AI, 045-2004/AI o 048-2004/AI.

31. *La restricción del horario de atención no constituye una medida idónea para la prosecución del objetivo que se propone la Municipalidad. En efecto, la protección de la integridad, la vida y la seguridad de los trabajadores de los establecimientos comerciales así como de los concurrentes a ellos puede proveerse a través de la implementación de un adecuado servicio de la Policía Nacional y del servicio de Serenazgo de la propia Municipalidad e, incluso, establecerse como deber de los propios establecimientos comerciales, resultante de los servicios que brindan. En suma, la protección de aquellos derechos puede lograrse a través de un mayor y más adecuado servicio de seguridad, mas no a través de la restricción de los horarios de atención nocturnos y de madrugada.*

32. *Podría restringirse, incluso más, tal horario, pero ello no garantizaría la vida, la seguridad y la integridad de los trabajadores y de los concurrentes a los establecimientos.*

(...)

37. *Análisis de idoneidad. La medida restrictiva constituye un medio adecuado o apto para la prosecución del objetivo. La restricción del horario de atención de los establecimientos introducida por la Ordenanza, justamente en las horas de descanso o del dormir de las personas, impide que la elevada contaminación acústica de la zona continúe durante las horas de descanso o del dormir de las personas, posibilitando de ese modo un entorno acústicamente sano para el desarrollo normal de aquellas necesidades.*

(Énfasis añadido)

20. Como puede verse el Tribunal Constitucional ha establecido que la restricción de horarios de funcionamiento no debe aplicarse para resolver problemas de seguridad, sino que para ello las Municipalidades pueden: i) implementar un adecuado servicio de la Policía Nacional y de Serenazgo; e incluso, ii) establecer como deber de los establecimientos garantizar la seguridad de la zona en que se encuentran ubicados, resultante de los servicios que brindan.
21. Por tales motivos, la restricción de horarios cuestionada, aun cuando no es idónea para resolver problemas de seguridad, sí lo es para mitigar problemas de tranquilidad, por lo que no constituye una barrera burocrática irrazonable por falta de idoneidad.

III.2.2 Proporcionalidad

22. Para satisfacer el segundo paso de la metodología de análisis de la razonabilidad de la medida adoptada, la Municipalidad debe demostrar que la restricción es proporcional a los fines que quiere alcanzar. Es decir, que los beneficios obtenidos por la restricción son mayores que los costos impuestos por ella.

23. En este punto es importante señalar que la administración es quien tiene la carga de probar que su medida es proporcional. La administración no puede argumentar que tomó una decisión informada para la que consideró todos los aspectos relevantes (es decir, una decisión razonable) si no demuestra que evaluó los costos y beneficios derivados de la implementación de tal medida. Lo contrario sería aceptar que la administración puede tomar decisiones a ciegas, de manera desinformada y sin importar si cuestan más de lo que favorecen a la sociedad.
24. Por ello, considerando que la administración dicta medidas regulatorias solo después de haber valorado los aspectos relevantes que conllevan las mismas, resulta necesario que sea dicha autoridad la encargada de acreditar la proporcionalidad de su medida y no el administrado, a quien le sería muy difícil obtener esa información.
25. En el presente caso, sin embargo, la Municipalidad no ha acreditado haber evaluado los costos y beneficios que generaría la medida. Por ejemplo, cuáles van a ser las pérdidas económicas de los locales, cuántos puestos de trabajo se perderían, entre otros, comparados con el beneficio esperado de la medida.
26. Por tales motivos, corresponde declarar que la restricción de horarios cuestionada constituye una barrera burocrática irrazonable por falta de proporcionalidad.

III.2.3 Opción menos gravosa

27. Finalmente, el análisis de la razonabilidad de las barreras burocráticas impuestas implica evaluar que las medidas adoptadas por las autoridades sean las opciones menos gravosas para los agentes económicos que concurren en el mercado.
28. De acuerdo con los lineamientos desarrollados por el Precedente de Observancia Obligatoria aprobado mediante Resolución 182-97-TDC, la autoridad denunciada tiene la carga de probar que la exigencia cuestionada es la menos gravosa para los interesados, en relación con las demás opciones existentes para lograr la tutela del interés público invocado.
29. Sin embargo, de la documentación presentada por la Municipalidad en el trámite del presente procedimiento no ha quedado acreditado que dicha entidad haya considerado otras alternativas para lograr reducir la tranquilidad del vecindario o la seguridad pública, de manera que escogiera la opción menos costosa para los agentes económicos.
30. En el presente caso, la Municipalidad pudo haber evaluado la restricción de horarios sólo en determinadas zonas del distrito, previa comprobación de la existencia de un real problema de contaminación acústica que lo amerite, tal

como ha evaluado el Tribunal Constitucional y esta Sala en anteriores oportunidades.

31. Así por ejemplo, mediante sentencia 00007-2006-AI el Tribunal Constitucional habilitó a las Municipalidades para que cuando detecten zonas específicas generadoras de ruidos molestos, restrinjan los horarios de funcionamiento en dichas zonas. Así, no sería razonable una restricción de horarios generalizada a todo un distrito porque ello supondría: i) que la totalidad del distrito se encuentre aquejado por un problema de ruidos molestos y, ii) que todos los establecimientos se encuentran generando dicho problema con ocasión de la realización de sus actividades económicas.
32. Sobre el primer supuesto, esto es, que todo el distrito tiene problemas de contaminación acústica, debe advertirse que los establecimientos son autorizados de acuerdo con la zonificación, por lo que en principio, en zonas residenciales no debería presentarse el problema. Lo que podría suceder – y de hecho sucedió en la Calle de las Pizzas – es que existan puntos de aglomeración de establecimientos de diversión, para lo cual resulta válida la restricción de horarios establecida específicamente para esa calle.
33. Fuera de dichos puntos de aglomeración, se trataría de problemas aislados de ruidos molestos que no justificarían una restricción general de horarios sino más bien el ejercicio de las potestades municipales contenidas en el Decreto Legislativo 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, para sancionar incluso con la clausura definitiva a los establecimientos que ocasionen problemas contra la seguridad, orden, tranquilidad, salud y otros en el distrito.
34. Sobre el segundo supuesto, esto es, que todos los establecimientos se encuentran generando problemas de ruidos molestos, resulta evidente que ello no es así y que es necesario que la Municipalidad ejerza más bien sus potestades de fiscalización y sanción para determinar con precisión a los establecimientos que ocasionen el problema.
35. Por tanto, no ha quedado acreditado que la restricción de horarios cuestionada sea la opción menos gravosa para los agentes económicos a fin de solucionar el problema de tranquilidad y seguridad públicos que alega existir en el distrito de Barranco.
36. Sin perjuicio de ello, la Sala quiere dejar sentado que reconoce la importancia de resolver los problemas de ruidos molestos que existen en la ciudad de Lima y la significativa labor que las municipalidades desempeñan. Sin embargo, la Sala tiene que garantizar que las medidas adoptadas para resolver este problema son idóneas y se ajusten a los límites que establece la ley para garantizar los derechos de los administrados.

37. Asimismo, esta Sala considera importante declarar que Indecopi no ampara el ejercicio abusivo del derecho y que sus pronunciamientos de ningún modo implican que los locales de diversión se encuentren exentos de responsabilidad por las conductas que como resultado de su funcionamiento puedan atentar contra la seguridad, tranquilidad, orden, salud y otros derechos constitucionalmente protegidos de los vecinos del distrito.
38. Finalmente, se precisa que la presente Resolución es emitida sin perjuicio de las facultades de la Municipalidad para sancionar incluso con la clausura definitiva a los establecimientos que ocasionen problemas de seguridad, orden, tranquilidad, salud y otros en el distrito, de conformidad con la Ley Orgánica de Municipalidades.

IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA

Primero: Confirmar la Resolución 0082-2009/CEB-INDECOPI del 30 de abril de 2009 en el extremo apelado que declaró que la restricción de horarios en el distrito de Barranco constituye una barrera burocrática irrazonable.

Segundo: Precisar que la presente Resolución es emitida sin perjuicio de las facultades de la Municipalidad Distrital de Barranco para sancionar incluso con la clausura definitiva a los establecimientos que ocasionen problemas de seguridad, orden, tranquilidad, salud y otros en el distrito, de conformidad con la Ley Orgánica de Municipalidades.

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

JUAN LUIS AVENDAÑO VALDEZ
Presidente