



0589-2017/CEB-INDECOPI

31 de octubre de 2017

EXPEDIENTE N° 000200-2017/CEB

DENUNCIADA : MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MAGDALENA DEL MAR

DENUNCIANTE : BRITISH AMERICAN TOBACCO DEL PERÚ S.A.C.

RESOLUCIÓN FINAL

**SUMILLA:** *Se declara que no constituyen barreras burocráticas ilegales las siguientes medidas impuestas por la Municipalidad de Magdalena del Mar:*

- (i) *La prohibición de fumar y mantener encendidos productos de tabaco en todos los interiores de los espacios públicos cerrados, conforme su definición, contenida en el inciso c) del artículo 4 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM.*
- (ii) *La prohibición de fumar y mantener encendidos productos de tabaco en todos los centros públicos de esparcimiento, mercados, estadios, coliseos, centros comerciales; incluidos en la definición de espacios públicos cerrados, contenida en el inciso e) del artículo 4 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM.*
- (iii) *La prohibición de fumar y mantener encendidos productos de tabaco en todo evento público realizado en lugares incluidos en la definición de espacios públicos cerrados, contenida en el inciso g) del artículo 4 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM.*
- (iv) *La prohibición de que la publicidad de tabaco sea exhibida o puesta al alcance de menores de 18 años de edad en lugares de atención al público, contenida en el inciso c) del artículo 8 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM.*
- (v) *La prohibición de distribución gratuita promocional de productos de tabaco en la vía pública, contenida en el inciso g) del artículo 8 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM y en el Código N° 1369 de la Tabla de Infracciones del artículo 12° del mismo cuerpo normativo.*
- (vi) *La prohibición de distribución gratuita promocional de productos de tabaco en establecimientos que se permita el ingreso a menores de 18 años de edad, contenida en el inciso g) del artículo 8 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM y en el Código N° 1369 de la Tabla de Infracciones del artículo 12° del mismo cuerpo normativo.*
- (vii) *La prohibición de fumar y mantener encendidos productos de tabaco en las áreas de embarque y desembarque de personas y/o mercancías, contenida en el literal d) del artículo 4 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM.*



**La razón es que la Municipalidad al haber recogido lo dispuesto en la Ley N° 28705 y su Reglamento y plasmarlo en la Ordenanza N° 007-2017-MDMM no se excedió en sus competencias.**

**Además, dado que, en el presente caso, la denunciante no cuestionó la legalidad de lo establecido en el Reglamento de la Ley N° 28705, no resulta posible que la Comisión se pronuncie sobre la legalidad de dicha disposición.**

**Asimismo, se declara que no constituye barrera burocrática ilegal la prohibición de fumar y mantener encendidos productos de tabaco en lugares de venta de combustible o de materiales inflamables, contenida en el literal f) del artículo 4 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM, no se excedió en sus competencias en tanto ha plasmado en su ordenanza lo dispuesto en los Decretos Supremos N° 054-93-EM y N°052-93-EM, que disponen las prohibiciones de fumar ni hacer fuego abierto en las estaciones de servicio y en los grifos, así como, en las empresas almacenadoras de hidrocarburos, líquidos inflamables y combustibles líquidos, o líquidos residuales, entre otros.**

**Además, dado que, en el presente caso, la denunciante no cuestionó la legalidad de las citadas normas sectoriales no resulta posible que la Comisión se pronuncie sobre la legalidad de dicha disposición.**

**Por otro lado, se declara que constituye barrera burocrática ilegal la exigencia de usar otros medios de anuncio como paneles televisivos o perifoneo periódico u otro para señalar los lugares en los cuales está prohibido fumar, cuando por el gran tamaño de local se dificulta la visibilidad de los avisos de señalización, contenida en el literal d) del artículo 5 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM.**

**La ilegalidad de dicha medida se fundamenta en que la Municipalidad de Magdalena del Mar no cuenta con facultades para establecer prohibiciones y exigencias adicionales a las reguladas por la Ley N° 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco, lo cual contraviene el Principio de Legalidad reconocido en el artículo VIII y el artículo 38 de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, en concordancia con el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.**

**Se precisa que lo resuelto por la Comisión no desconoce la potestad supervisora y sancionadora que debe ejercer la Municipalidad para salvaguardar la tranquilidad, seguridad y salud pública del distrito y para el control de la emisión de humos de productos derivados del tabaco, conforme a sus**



**competencias previstas en la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N° 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco.**

**Se dispone que, una vez que la presente resolución haya quedado consentida o sea confirmada por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi, se proceda a publicar un extracto de la presente resolución en la Separata de Normas Legales del diario oficial El Peruano y su texto completo en el Portal Informativo sobre eliminación de barreras burocráticas.**

**De conformidad con lo establecido en el artículo 8 del Decreto Legislativo N° 1256, se dispone la inaplicación, con efectos generales, de la barrera burocrática declarada ilegal en el presente procedimiento, en favor de todos los agentes económicos y/o ciudadanos. Se precisa que este mandato de inaplicación surtirá efectos a partir del día siguiente de publicado el extracto de la presente resolución en la Separata de Normas Legales del diario oficial El Peruano.**

**El incumplimiento del mandato de inaplicación dispuesto en la presente resolución podrá ser sancionado con una multa de hasta veinte (20) Unidades Impositivas Tributarias, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 del Decreto Legislativo N° 1256.**

**Asimismo, se dispone como medida correctiva, de conformidad con el numeral 2) del artículo 43 y el numeral 44.2) del artículo 44 del Decreto Legislativo N° 1256, que la Municipalidad Distrital de Magdalena del Mar informe a los administrados acerca de la barrera burocrática declarada ilegal en el presente procedimiento, en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles de notificada la resolución que declare firme este acto.**

**El incumplimiento de la medida correctiva dispuesta en la presente resolución podrá ser sancionado con una multa de hasta veinte (20) Unidades Impositivas Tributarias, de conformidad con el artículo 36 del Decreto Legislativo N° 1256.**

**Se dispone que, de conformidad con el numeral 50.1) del artículo 50 del Decreto Legislativo N° 1256, la Municipalidad Distrital de Magdalena del Mar, en un plazo no mayor a un (1) mes, informe sobre las medidas adoptadas respecto de lo resuelto en la presente resolución, de acuerdo con lo establecido en la Directiva N° 001-2017/DIR/COD-INDECOPI, aprobada mediante la Resolución de la Presidencia del Consejo Directivo del Indecopi N° 018-2017-INDECOPI/COD.**



**Se informa que, de conformidad con el artículo 42 del Decreto Legislativo N° 1256, el procurador público o el abogado defensor de la Municipalidad Distrital de Magdalena del Mar tiene la obligación de remitir una copia de la presente resolución, luego de que haya quedado consentida, al titular de la entidad y a la Secretaría General, o quien haga sus veces, para conocimiento de sus funcionarios y/o servidores públicos.**

**Finalmente, se declara improcedente el extremo referido a las siguientes medidas denunciadas, en tanto no constituyen barreras burocráticas en los términos establecidos en el Decreto Legislativo N° 1256, por cuanto se encuentran establecidas en la Ley N° 28705:**

- **La prohibición de fumar y mantener encendidos productos de tabaco en interiores de lugares de trabajo, contenida en el inciso e) del artículo 4° de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM.**
- **La prohibición de fumar y mantener encendidos productos de tabaco en interiores de lugares de trabajo, contenida en el inciso g) del artículo 4° de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM.**

La Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas:

**I. ANTECEDENTES:**

**A. La denuncia:**

1. Mediante los escritos presentados el 19 de mayo y el 19 de junio de 2017 (en adelante, la denunciante) interpuso una denuncia en contra de la Municipalidad Distrital de Magdalena del Mar (en adelante, la Municipalidad), por la imposición de barreras burocráticas presuntamente ilegales y/o carentes de razonabilidad, consistentes en:
  - (i) La prohibición de fumar y mantener encendidos productos de tabaco en todos los interiores de los espacios públicos cerrados, conforme su definición, contenida en el inciso c) del artículo 4 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM.
  - (ii) La prohibición de fumar y mantener encendidos productos de tabaco en todos los centros públicos de esparcimiento, mercados, estadios, coliseos, centros comerciales; incluidos en la definición de espacios públicos



- cerrados e interiores de lugares de trabajo, contenida en el inciso e) del artículo 4 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM.
- (iii) La prohibición de fumar y mantener encendidos productos de tabaco en todo evento público realizado en lugares incluidos en la definición de espacios públicos cerrados o interiores de lugares de trabajo, contenida en el inciso g) del artículo 4 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM.
  - (iv) La prohibición de que la publicidad de tabaco sea exhibida o puesta al alcance de menores de 18 años de edad en lugares de atención al público, contenida en el inciso c) del artículo 8 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM.
  - (v) La prohibición de distribución gratuita promocional de productos de tabaco en la vía pública, contenida en el inciso g) del artículo 8 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM y en el Código N° 1369 de la Tabla de Infracciones del artículo 12° del mismo cuerpo normativo.
  - (vi) La prohibición de distribución gratuita promocional de productos de tabaco en establecimientos que se permita el ingreso a menores de 18 años de edad, contenida en el inciso g) del artículo 8 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM y en el Código N° 1369 de la Tabla de Infracciones del artículo 12° del mismo cuerpo normativo.
  - (vii) La prohibición de fumar y mantener encendidos productos de tabaco en las áreas de embarque y desembarque de personas y/o mercancías, contenida en el literal d) del artículo 4 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM.
  - (viii) La prohibición de fumar y mantener encendidos productos de tabaco en lugares de venta de combustible o de materiales inflamables, contenida en el literal f) del artículo 4 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM.
  - (ix) La exigencia de usar otros medios de anuncio como paneles televisivos o perifoneo periódico u otro para señalar los lugares en los cuales está prohibido fumar, cuando por el gran tamaño de local se dificulta la visibilidad de los avisos de señalización, contenida en el literal d) del artículo 5 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM.

2. Fundamentó su denuncia en los siguientes argumentos<sup>1</sup>:

- (i) De conformidad con lo dispuesto en el numeral 24 del artículo 2 de la Constitución nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe. En ese sentido, solo a través de una ley se podrá restringir la libertad de poder desarrollar las actividades económicas.

---

<sup>1</sup> Los cuales fueron plasmados en los escritos del 19 de mayo y 19 de junio de 2017.  
M-CEB-02/02



- (ii) En la Sentencia N° 01405-2010-PA, el Tribunal Constitucional ha señalado que la disposición que imponga obligaciones o restrinja libertades y derechos de las personas debe ser establecida a través de una ley por norma de menor jerarquía, cuando la ley la faculte.
- (iii) A través del artículo 59 de la Constitución, el Estado garantiza la libertad de empresa. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado la función que debe cumplir el Estado para garantizarla, así como sus componentes y el contenido que engloba el mencionado derecho. Asimismo, reconoció que las trabas burocráticas y administrativas son una de las dificultades para su desarrollo.
- (iv) Mediante la Ordenanza N° 007-2017-MDMM, se aprobó el Régimen de Prevención y Control de los riesgos del Consumo de Tabaco, la cual establece de manera obligatoria las medidas y restricciones para el consumo, venta, distribución y suministro de productos de tabaco, así como, las sanciones correspondientes. Asimismo, dicha norma afecta el desarrollo de sus actividades económicas las cuales se vinculan con la importación y comercialización diferentes marcas de cigarrillos, a través distribuidores y mayoristas ubicados en todo el país.
- (v) El artículo 18 de la Ley N° 28705, Ley general para la prevención y control de los riesgos del consumo del tabaco, establece que las Municipalidades deben realizar inspecciones, mas no les atribuye competencia normativa para regular restricciones o prohibiciones para el consumo de productos de tabaco.
- (vi) Al amparo de lo dispuesto en los artículos 5, 7, 8, 10, 12 y 48 del Reglamento de la Ley N° 28705, las municipalidades tienen competencia para fiscalizar y sancionar el cumplimiento de la citada ley, mas no para prohibir de manera general fumar y mantener encendidos los productos de tabaco en espacios públicos cerrados.
- (vii) La Municipalidad no cuenta con facultades normativas para prohibir o restringir el consumo de tabaco, sino únicamente para fiscalizar el cumplimiento de las prohibiciones establecidas en el artículo 5 de la Ley N° 28705, razón por la cual, lo regulado en la Ordenanza N° 007-2017-MDMM, contraviene lo dispuesto en la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades.



- (viii) Los literales c), e) y g) del artículo 4 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM han establecido una ilegal prohibición general de fumar y mantener encendidos productos de tabaco en espacios públicos cerrados, pues tal definición contraviene la establecida en la Ley N° 28705, al comprender a los espacios techados que cuenten con más de una pared, sin necesidad de encontrarse efectivamente cerrados, como sería el caso de balcones y terrazas, estadios, coliseos cualquier otros que no se encuentre cerrado entre paredes.
- (ix) La Comisión en diversos pronunciamientos<sup>2</sup> ha declarado que la definición de “espacio público cerrado” como aquel cubierto por un techo y que tenga más de una pared, es excesiva e ilegal.
- (x) La quinta Sala especializada en lo Contencioso Administrativo con subespecialidad en temas de mercado, resolvió que la definición de espacios públicos cerrados como “todo lugar de acceso público que se encuentre cubierto por un techo y que tenga más de una pared”, vulnera la Ley N° 28705.
- (xi) Las municipalidades distritales no tienen competencia normativa en materia de prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco.
- (xii) El inciso 1.1) del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444 en concordancia con su artículo 61, reconoce el principio de legalidad según el cual, las entidades deben actuar con respeto a la Constitución, la Ley y al derecho.
- (xiii) El artículo VIII del Título Preliminar de la Ley N° 27972 establece que las municipalidades se encuentran sujetas a los límites establecidos en las leyes nacionales.
- (xiv) La Ordenanza N° 007-2017-MDMM amplió el ámbito de prohibición regulado en la Ley N° 28705, al establecer la prohibición de que la publicidad de tabaco sea exhibida o puesta al alcance de menores de 18 años en lugares de atención al público, pues la citada ley solo prohíbe la publicidad directa o indirecta de productos de tabaco en exhibiciones, espectáculos y similares, en los que esté permitido el ingreso a menores

---

<sup>2</sup> Hizo mención de las resoluciones N° 0104-2012/CEB-INDECOPI y N° 0121-2012/CEB-INDECOPI.  
M-CEB-02/02



de edad y no en cualquier lugar de atención al público, como el caso de las bodegas y los autoservicios.

- (xv) La Ordenanza N° 007-2017-MDMM establece una prohibición absoluta para la distribución gratuita promocional de productos de tabaco en establecimiento y en la vía pública.
- (xvi) La Municipalidad no tiene competencia normativa en materia de prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco, sin embargo, ha prohibido fumar y mantener encendidos productos de tabaco en áreas de embarque y desembarque de personas y/o mercancías o en lugares de venta de combustible o de materiales inflamables. Tales prohibiciones no se encuentran previstas en la Ley N° 28705.
- (xvii) La Ley N° 28705 y la Ley N° 27972 no han establecido que deba utilizarse medios de anuncios como paneles televisivos o perifoneo periódico, solo la colocación de un número mínimo razonable de avisos en cada uno de los lugares, de acuerdo con la dimensión del área o local.
- (xviii) De la revisión del Informe N° 027-2017-GAJ-MDMM del 16 de enero de 2017, se advierte que la Municipalidad no ha cumplido con realizar una sustentación previa de la razonabilidad de las barreras burocráticas contenidas en la Ordenanza N° 007-2017-MDMM. Así como, tampoco ha efectuado un análisis de los costos y beneficios, del impacto positivo, ni alguna otra alternativa menos costosa.
- (xix) Solicitó el uso de la palabra para exponer los argumentos que sustentaron nuestra denuncia y el pago de costas y costos.

#### **B. Admisión a trámite:**

- 3. Mediante la Resolución N° 0395-2017/STCEB-INDECOPI del 19 de junio de 2017 se admitió a trámite la denuncia y se concedió a la Municipalidad un plazo de cinco (5) días hábiles para que formule sus descargos. Dicha resolución fue notificada a la Municipalidad, al Procurador Público de la Municipalidad y a la denunciante el 3 de julio del 2017, conforme consta en los cargos de las cédulas de notificación respectivas<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Cédulas de Notificación N° 1754-2017/CEB (dirigida a la denunciante), N° 1755-2017/CEB (dirigida a la Municipalidad) y N° 2580-2015/CEB (dirigida al Procurador de la Municipalidad) que obran a fojas 71, 72, y 73, del expediente, respectivamente.



### **C. Contestación de la denuncia:**

4. El 10 de julio de 2017, la Municipalidad presentó sus descargos con base en los siguientes argumentos:
  - (i) De acuerdo con los artículos 43, 189 y 194 de la Constitución Política del Perú, los gobiernos locales cuentan con poder normativo en su ámbito territorial, los cuales son ejercidos de conformidad con las competencias asignadas, en concordancia con los artículos II del Título Preliminar y el artículo 3 de la Ley N° 27972.
  - (ii) El Perú ha sido parte del Convenio marco para el control del tabaco, el cual, fue suscrito el 21 de abril de 2004 y ratificado por el Congreso de la República mediante la Resolución Legislativa N° 28280, el 24 de junio de 2004 y entró en vigencia el 28 de febrero de 2005. A través de la Ley N° 29571 que modificó la Ley N° 28705, se adecuó al citado convenio.
  - (iii) El artículo 48 del Decreto Supremo N° 001-2011, que modificó el Reglamento de la Ley N° 28705, señaló que las municipalidades provinciales y distritales a través de sus áreas fiscalización, impondrán sanciones por incumplir la señalización de los lugares indicados en los artículos 5, 8, y 10 del citado reglamento.
  - (iv) Mediante el Oficio N° 077-2016-DE-ODI-SA-DRS-LC fue remitido el Informe N° 114-2016-EPA-SA-ODI/RSLC, a través del cual se indicó sobre el acuerdo del plan de trabajo de «Ambiente 100% Libres de humo de tabaco 2017», cuya finalidad es cumplir con el convenio marco suscrito con la Organización Mundial de la Salud (OMS).
  - (v) La Ordenanza N° 007-2017-MDMM fue publicada en el diario oficial El Peruano el 8 de marzo de 2017 y contiene las recomendaciones elaboradas por la Dirección General de Salud Ambiental – DIGESA y el cumplimiento del Plan de Trabajo «Ambiente 100% Libre de humo de tabaco».
  - (vi) El 30 de noviembre de 2016, se suscribió el Acta de compromiso para el fortalecimiento de competencias de acciones conjuntas, en la que participaron las Direcciones Regionales de Salud (Diresas), los



gobiernos locales de Lima y Callao, la Organización Mundial de la Salud, entre otros, con la finalidad fortalecer las competencias de los gestores de promoción de la salud y salud ambiental para la prevención y control de riesgos de la exposición al humo de tabaco, en cumplimiento de la Ley N° 28705.

- (vii) La denunciante puede acudir a otra vía para que no se le aplique lo dispuesto en la Ley N° 28705.
- (viii) A través de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM no se ha aprobado una prohibición general de fumar y mantener encendidos los productos de tabaco en espacios públicos cerrados, sino que lo aprobado es el régimen de prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco, basados en el Ley N° 2875 y su modificatoria, su reglamento.
- (ix) La definición de espacio público cerrado establecido en la Ordenanza N° 007-2017-MDMM se sustentó en lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley N° 28705 y en su Reglamento, razón por la cual no ha transgredido la citada ley.
- (x) La prohibición de fumar y mantener encendidos los productos de tabaco ha sido conforme con lo señalado en la Ley N° 28705. Además, no existe ninguna transgresión pues se sujeta a lo dispuesto en los artículos 2, 7, 8, 9 y 65 de la Constitución Política del Perú.
- (xi) Las prohibiciones referidas a la publicidad, exhibición y distribución gratuita promocional de productos de tabaco, contenidas en la Ordenanza N° 007-2017-MDMM, se sujetan a la política para lograr un ambiente libre de humo de tabaco en cumplimiento del Convenio Marco de la OMS, y de las políticas públicas del Estado.
- (xii) Las prohibiciones para fumar y mantener encendidos los productos de tabaco en determinados lugares, buscan evitar siniestros con la finalidad de proteger la vida, la integridad, la salud de los vecinos.
- (xiii) La exigencia de usar paneles televisivos o perifoneo periódicos u otros, para señalar los lugares en los cuales se prohíbe fumar,



ubicados en locales grandes y que dificultan su visibilidad, ha sido emitida de acuerdo con las competencias normativas sobre la materia.

- (xiv) El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 00032-2010-PI/TC ha señalado que se encuentra constitucionalmente prohibido que en el futuro se adopten medidas legislativas o de otra índole que protejan en menor grado el derecho fundamental a la salud frente a la epidemia del tabaquismo, en comparación a la manera de cómo lo hace la legislación actual.
- (xv) En virtud de lo señalado en la Ordenanza N° 007-2017-MDMM, se aprobó la Ordenanza N° 012-2016-MDMM que aprueba el Régimen de Fiscalización y Aplicación de Sanciones Administrativas y recoge todas las infracciones y sanciones relativas al Régimen de prevención y control de los riesgos.

**D. Otros:**

- 5. Mediante el escrito del 13 de septiembre de 2017 la denunciante señaló que la barrera burocrática referida a la prohibición de la publicidad y la exhibición de productos de tabaco en lugares de atención al público a donde accedan menores de 18 años contenida en el inciso c) del artículo 8 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM, fue admitida con una redacción diferente, por lo que solicitó que sea analizada con los elementos descriptivos indicados en su escrito del 19 de junio de 2017.
- 6. Asimismo, en otro escrito de la misma fecha absolvió el traslado de los descargos de la Municipalidad en los mismos términos que los indicados en su escrito de denuncia.
- 7. Mediante el escrito del 5 de octubre de 2017, la Municipalidad señaló lo siguiente:
  - (i) La denunciante incurrió en una interpretación errónea respecto de las normas materia de control de tabaco y el rol de los gobiernos locales.
  - (ii) A través de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM, no se reguló el consumo, la distribución, la publicidad de productos de tabaco, sino que se cumplió con darle el marco legal a las acciones de fiscalización y control dentro de la jurisdicción de Magdalena del Mar en relación con el control del



tabaco y de acuerdo con lo dispuesto en la Ley N° 28705, su modificatoria y su reglamento.

- (iii) El artículo 48 de la Ley N° 28705 establece que las municipalidades deben emitir ordenanzas para darle el marco legal a las acciones de fiscalización y control.
- (iv) Las restricciones sobre la distribución, consumo y publicidad del consumo del tabaco, su prevención y control a la exposición al humo de tabaco está regulado en la Ley N° 27805, contra la cual la denunciante no ha presentado una acción de inconstitucionalidad.
- (v) La definición de «espacio público cerrado» y de «lugares de trabajo» previstas en el Reglamento de la Ley N° 27805 son iguales a las reguladas en la Ordenanza N° 007-2017-MDMM.
- (vi) La Ordenanza N° 007-2017-MDMM reproduce las prohibiciones contenidas en el Reglamento de la Ley N° 27805. La Municipalidad asumió el compromiso de crear ambientes 100% libres de tabaco, razón por la cual no se excedió en sus facultades.

#### **E. Informe Oral:**

- 8. Mediante el escrito de fecha 19 de junio de 2017, la denunciante solicitó el uso de la palabra.
- 9. El 27 de octubre de 2017 se llevó a cabo la audiencia de informe oral con la asistencia de los representantes de la parte denunciante y denunciada.

#### **II. ANÁLISIS:**

##### **A. Competencia de la Comisión y metodología de análisis del caso:**

- 10. El artículo 6 del Decreto Legislativo N° 1256, que aprueba la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas<sup>4</sup>, establece que la Comisión es competente 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<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Publicado en el diario oficial «El Peruano» el 8 de diciembre de 2016.

<sup>5</sup> **Decreto Legislativo N° 1256, 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



11. Al respecto, cabe indicar que de conformidad con el inciso 3) del art3culo 3 del Decreto Legislativo N° 1256, constituye una barrera burocr3tica toda *exigencia, requisito, limitaci3n, prohibici3n y/o cobro que imponga cualquier entidad, dirigido a condicionar, restringir u obstaculizar el acceso y/o permanencia de los agentes econ3micos en el mercado y/o que puedan afectar a administrados en la tramitaci3n de procedimientos administrativos sujetos a las normas y/o principios que garantizan la simplificaci3n administrativa.*
12. Para efectuar la presente evaluaci3n se toma en consideraci3n lo dispuesto en los art3culos 14 al 18 del Decreto Legislativo N° 1256. En ese sentido, corresponde analizar si las barreras burocr3ticas cuestionadas son legales o ilegales y, de ser el caso, si son razonables o carentes de razonabilidad<sup>6</sup>.

## **B. Cuestiones previas:**

### **B.1. De los cuestionamientos constitucionales de la denunciante y la Municipalidad:**

13. La denunciante y la Municipalidad han sustentado sus argumentos de denuncia y de descargos, respectivamente, en principios, criterios y normativa establecida en la Constituci3n Pol3tica del Per3; sin embargo, debe mencionarse que de acuerdo con lo dispuesto en el art3culo 6 del Decreto Legislativo N° 1256<sup>7</sup>, la Comisi3n 3nicamente se encuentra facultada para efectuar un an3lisis de

---

Decretos Legislativos N° 283, 668, 757 y el art3culo 61 del Texto 3nico Ordenado de la Ley de Tributaci3n Municipal, as3 como las normas reglamentarias pertinentes, o las normas que las sustituyan. Ninguna otra entidad podr3 arrogarse estas facultades. Sus resoluciones son ejecutables cuando hayan quedado consentidas o sean confirmadas por la Sala, seg3n corresponda de conformidad con lo establecido en el art3culo 32 de la presente Ley.  
[...].

<sup>6</sup> De acuerdo con la metodolog3a contenida en el Decreto Legislativo N° 1256, la Comisi3n analiza:

- (i) La legalidad de la medida cuestionada, en atenci3n a las atribuciones y competencias de la entidad que la impone, al marco jur3dico promotor de la libre iniciativa privada y la simplificaci3n administrativa; y, a si se han observado las formalidades y procedimientos establecidos por las normas aplicables al caso concreto para su imposici3n.
- (ii) La razonabilidad de la referida medida, lo que implicar3 evaluar si se justifica en un inter3s p3blico cuya tutela haya sido encargada a la entidad que la impone y si es id3nea para brindar para brindar soluci3n al problema y/u objetivo considerado(s) para su aplicaci3n, as3 como si es proporcional respecto del inter3s p3blico fijado y si es la opci3n menos gravosa que existe para tutelar el inter3s p3blico.

<sup>7</sup> **Decreto Legislativo N° 1256, que aprueba la Ley de Prevenci3n y Eliminaci3n de Barreras Burocr3ticas**

**Art3culo 6. - Atribuciones de las autoridades en materia de eliminaci3n de barreras burocr3ticas**

**6.1. De la Comisi3n y la Sala**

La Comisi3n y la Sala en segunda instancia, son competentes para conocer los actos administrativos, disposiciones administrativas y actuaciones materiales, incluso del 3mbito municipal o regional, que impongan barreras burocr3ticas 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 art3culo 61 del Texto 3nico Ordenado de la Ley de Tributaci3n Municipal, as3 como las normas reglamentarias pertinentes, o las normas que las sustituyan. Ninguna otra entidad podr3 arrogarse estas facultades. Sus resoluciones son ejecutables cuando hayan quedado consentidas o sean confirmadas por la Sala, seg3n corresponda de conformidad con lo establecido en el art3culo 32 de la presente Ley.  
[...].



legalidad y razonabilidad de las barreras burocráticas cuestionadas y no para evaluar su constitucionalidad.

14. Dicho criterio ha sido recogido por el Tribunal Constitucional en la Sentencia del 25 de agosto de 2010 recaída sobre el Expediente N° 00014-2009-PI/TC, en la cual se precisó que el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas no tiene por finalidad analizar la constitucionalidad de las mismas sino su legalidad y/o razonabilidad.
15. De ese modo, los argumentos constitucionales presentados por la denunciante y la Municipalidad, no serán tomados en cuenta para el presente análisis ya que el mismo se limitará a efectuar una evaluación de la legalidad y/o razonabilidad de las medidas cuestionadas, en virtud a las competencias legalmente atribuidas a esta Comisión.
16. En consecuencia, corresponde desestimar los argumentos planteados por la denunciante y la Municipalidad en los extremos indicados. Asimismo, se precisa que la evaluación que se realiza en el presente caso se refiere a la legalidad y/o razonabilidad de las medidas cuestionadas.

B.2. Sobre las barreras contenidas en los numerales (ii) y (iii) del párrafo 1:

17. De una revisión de los numerales (ii) y (iii) del párrafo 1 de la presente resolución se desprenden las siguientes medidas cuestionadas:
  - *La prohibición de fumar y mantener encendidos productos de tabaco en todos los centros públicos de esparcimiento, mercados, estadios, coliseos, centros comerciales; incluidos en la definición de espacios públicos cerrados, contenida en el inciso e) del artículo 4° de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM.*
  - *La prohibición de fumar y mantener encendidos productos de tabaco en interiores de lugares de trabajo, contenida en el inciso e) del artículo 4° de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM.*
  - *La prohibición de fumar y mantener encendidos productos de tabaco en todo evento público realizado en lugares incluidos en la definición de espacios públicos cerrados, contenida en el inciso g) del artículo 4° de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM.*



- *La prohibición de fumar y mantener encendidos productos de tabaco en todo evento público realizado en interiores de lugares de trabajo, contenida en el inciso g) del artículo 4° de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM.*

18. En ese sentido, la Comisión considera pertinente separar las citadas medidas cuestionadas para mejor resolver. Dicha separación no afecta el derecho de defensa de la Municipalidad en tanto únicamente se ha indicado la forma más adecuada para evaluar su legalidad.

B.3. Sobre la improcedencia de extremo:

19. Luego de considerar lo señalado en la cuestión previa precedente se ha podido advertir las siguientes medidas cuestionadas:

- *La prohibición de fumar y mantener encendidos productos de tabaco en interiores de lugares de trabajo, contenida en el inciso e) del artículo 4° de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM.*
- *La prohibición de fumar y mantener encendidos productos de tabaco en todo evento público realizado en interiores de lugares de trabajo, contenida en el inciso g) del artículo 4° de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM.*

20. En la medida que el numeral 3.1) del artículo 3 de la Ley N° 28705<sup>8</sup>, recoge la prohibición expresa de fumar en el interior de los lugares de trabajo, estos extremos cuestionados no deben ser considerados como una barrera burocrática al amparo de lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1256.

21. En efecto, el literal a) del artículo del Decreto Legislativo N° 1256, establece que no son barreras burocráticas las prohibiciones establecidas a través de leyes u otra norma con rango de ley.

22. El artículo 35 del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria<sup>9</sup>, dispone que la competencia por razón de la materia (entre otros) se declarará de oficio al

<sup>8</sup> **Ley N° 28705, Ley General para la prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco**  
**Artículo 3.- De la protección contra la exposición al humo de tabaco**

3.1 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.

<sup>9</sup> **TUO de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.**

**Título Preliminar.**

**Artículo VIIIº. - Deficiencia de Fuentes.**

1. Las autoridades administrativas no podrán dejar de resolver las cuestiones que se les propongan por deficiencia de sus fuentes; en tales casos acudirán a los principios del procedimiento administrativo previstos en esta Ley; en su defecto, a otras fuentes



calificar la demanda (entiéndase denuncia) o, excepcionalmente, en cualquier estado y grado del proceso (entiéndase procedimiento)<sup>10</sup>.

23. Teniendo en cuenta lo mencionado, corresponde declarar improcedente las siguientes medidas cuestionadas:
- La prohibición de fumar y mantener encendidos productos de tabaco en interiores de lugares de trabajo, contenida en el inciso e) del artículo 4 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM.
  - La prohibición de fumar y mantener encendidos productos de tabaco en todo evento público realizado en interiores de lugares de trabajo, contenida en el inciso g) del artículo 4 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM.

B.4. Sobre la evaluación conjunta de las medidas cuestionadas:

24. Mediante la Resolución N° 0395-2017/STCEB-INDECOPI se admitió a trámite la denuncia, por las barreras burocráticas indicadas en el párrafo 1 del presente pronunciamiento.
25. En la medida que barreras cuestionadas en los numerales (i), (ii), (iii) y (vii) del párrafo 1 de la presente resolución, en están referidas a prohibiciones de fumar y mantener encendidos productos de tabaco en determinados lugares relacionados con espacios públicos cerrados y transporte público se ha considerado conveniente efectuar un análisis sobre la ilegalidad de manera conjunta.
26. Por otro lado, las medidas indicadas en los numerales (iv), (v) y (vi) del párrafo 1 del presente pronunciamiento, al vincularse con las prohibiciones en materia de publicidad y promoción de productos de tabaco, el análisis sobre la legalidad también será efectuado también de manera conjunta.

---

supletorias del derecho administrativo, y sólo subsidiariamente a estas, a las normas de otros ordenamientos que sean compatibles con su naturaleza y finalidad.

**Decreto Legislativo N° 1256, Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas**

**Artículo 27.- Improcedencia de la denuncia de parte**

27.1. La Comisión, su Secretaría Técnica o la Sala, de ser el caso, declara la improcedencia de la denuncia de parte de acuerdo con los supuestos establecidos en el Código Procesal Civil.

(...).

<sup>10</sup> **Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil**

**Incompetencia.**

**Artículo 35°.** - La incompetencia por razón de materia, cuantía, grado, turno y territorio, esta última cuando es improrrogable, se declarará de oficio al calificar la demanda o excepcionalmente en cualquier estado y grado del proceso, sin perjuicio de que pueda ser invocada como excepción.



27. Cabe indicar que las citadas precisiones no afectan el derecho de defensa de la Municipalidad, en tanto únicamente se ha indicado la forma más adecuada para que este Colegiado realice las citadas evaluaciones.

**C. Cuestión controvertida:**

28. Determinar si constituyen barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad las siguientes medidas:
- (i) La prohibición de fumar y mantener encendidos productos de tabaco en todos los interiores de los espacios públicos cerrados, conforme su definición, contenida en el inciso c) del artículo 4 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM.
  - (ii) La prohibición de fumar y mantener encendidos productos de tabaco en todos los centros públicos de esparcimiento, mercados, estadios, coliseos, centros comerciales; incluidos en la definición de espacios públicos cerrados, contenida en el inciso e) del artículo 4 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM.
  - (iii) La prohibición de fumar y mantener encendidos productos de tabaco en todo evento público realizado en lugares incluidos en la definición de espacios públicos cerrados, contenida en el inciso g) del artículo 4 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM.
  - (iv) La prohibición de que la publicidad de tabaco sea exhibida o puesta al alcance de menores de 18 años de edad en lugares de atención al público, contenida en el inciso c) del artículo 8 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM.
  - (v) La prohibición de distribución gratuita promocional de productos de tabaco en la vía pública, contenida en el inciso g) del artículo 8 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM y en el Código N° 1369 de la Tabla de Infracciones del artículo 12 del mismo cuerpo normativo.
  - (vi) La prohibición de distribución gratuita promocional de productos de tabaco en establecimientos que se permita el ingreso a menores de 18 años de edad, contenida en el inciso g) del artículo 8 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM y en el Código N° 1369 de la Tabla de Infracciones del artículo 12 del mismo cuerpo normativo.
  - (vii) La prohibición de fumar y mantener encendidos productos de tabaco en las áreas de embarque y desembarque de personas y/o mercancías, contenida en el literal d) del artículo 4 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM.



- (viii) La prohibición de fumar y mantener encendidos productos de tabaco en lugares de venta de combustible o de materiales inflamables, contenida en el literal f) del artículo 4 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM.
- (ix) La exigencia de usar otros medios de anuncio como paneles televisivos o perifoneo periódico u otro para señalar los lugares en los cuales está prohibido fumar, cuando por el gran tamaño de local se dificulta la visibilidad de los avisos de señalización, contenida en el literal d) del artículo 5 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM.

#### **D. Evaluación de legalidad:**

- 29. El principio de legalidad establece que las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le hayan sido legalmente atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas<sup>11</sup>. En ese sentido, toda actuación de una entidad de la administración pública debe estar sustentada en facultades expresamente establecidas en la ley y enmarcadas dentro de los parámetros establecidos en el ordenamiento jurídico.
- 30. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley N° 27972, 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<sup>12</sup>.
- 31. En concordancia, el artículo VIII del Título Preliminar de la Ley N° 27972 establece que las competencias que poseen las municipalidades se encuentran

<sup>11</sup> **TUO de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.**

Artículo IV°.- (...)

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 están atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

**Artículo 70.- Fuente de competencia administrativa**

70.1 La competencia de las entidades tiene su fuente en la Constitución y en la ley, y es reglamentada por las normas administrativas que de aquéllas se derivan.

<sup>12</sup> **Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades**

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.

(Énfasis añadido)



sujetas a los límites que establecen las leyes nacionales<sup>13</sup>. De ese modo, las municipalidades pueden regular sobre los asuntos de su competencia siempre que se cumpla con los alcances permitidos por ley.

32. En el año 2004, el Perú ratificó el Convenio Marco para el Control del Tabaco<sup>14</sup>, el cual tiene carácter vinculante para las partes contratantes. Ello surgió en respuesta a la globalización de la epidemia del tabaquismo. A través de este Convenio los Estados parte se comprometieron a proteger a las generaciones presentes y futuras contra las devastadoras consecuencias sanitarias, sociales, ambientales y económicas producidas por el consumo y exposición al humo del tabaco.
33. En cumplimiento del Convenio Marco, se estableció en el artículo 3 de la Ley N° 28705<sup>15</sup>, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco, la prohibición de 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, entre otros lugares.
34. Por su parte, la Ley N° 27972, establece como función exclusiva de las municipalidades provinciales (no así de las distritales), regular y controlar la emisión de humos, gases, ruidos y demás elementos contaminantes de la atmósfera y el ambiente:

**«ARTÍCULO 80.- SANEAMIENTO, SALUBRIDAD Y SALUD**

*Las municipalidades, en materia de saneamiento, salubridad y salud, ejercen las siguientes funciones:*

1. *Funciones específicas exclusivas de las municipalidades provinciales:*

---

<sup>13</sup> **Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades**

Artículo VIIIº.- 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.

<sup>14</sup> Ver el link: [http://www.who.int/fctc/text\\_download/es/](http://www.who.int/fctc/text_download/es/)

<sup>15</sup> **Ley N° 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco, la cual fue modificada por la Ley N° 29517**

Artículo 3º.- De la protección contra la exposición al humo de tabaco

3.1 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.

3.2 Se entiende por interiores o espacios públicos cerrados todo lugar de trabajo o de acceso al público que se encuentre cubierto por un techo y cerrado entre paredes, independientemente del material utilizado para el techo y de que la estructura sea permanente o temporal.

3.3 El reglamento de la Ley establece las demás especificaciones de los interiores o espacios públicos cerrados.



1.1. Regular y controlar el proceso de disposición final de desechos sólidos, líquidos y vertimientos industriales en el ámbito provincial.

1.2. Regular y controlar la emisión de humos, gases, ruidos y demás elementos contaminantes de la atmósfera y el ambiente.»

(Énfasis añadido)

35. En el caso de las municipalidades distritales, como es el caso de la Municipalidad, la Ley N° 27972 señala expresamente que su competencia alcanza únicamente la posibilidad de fiscalizar el cumplimiento de la regulación (emitida por la municipalidad provincial o la autoridad sectorial correspondiente) sobre la emisión de humos, gases, ruidos y demás elementos contaminantes de la atmósfera y el ambiente, mas no para regular dichos aspectos.

**«ARTÍCULO 80.- SANEAMIENTO, SALUBRIDAD Y SALUD**

Las municipalidades, en materia de saneamiento, salubridad y salud, ejercen las siguientes funciones:

(...)

3. Funciones específicas exclusivas de las municipalidades distritales:

(...)

3.4. Fiscalizar y realizar labores de control respecto de la emisión de humos, gases, ruidos y demás elementos contaminantes de la atmósfera y el ambiente.

(...))»

(Énfasis añadido)

36. Cabe indicar que el artículo 18 de la Ley N° 28705 no faculta a las municipalidades a establecer restricciones o prohibiciones mayores a las ya establecidas en su artículo 3, sino únicamente a ejercer su función fiscalizadora respecto al consumo de productos derivados del tabaco, en cumplimiento de lo establecido en dicha ley:

**«Artículo 18.- De la vigilancia y cumplimiento de la Ley**

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

37. Asimismo, el artículo 48 del Reglamento de la Ley N° 28705 señala lo siguiente:

**«Artículo 48.- Potestad sancionadora de las Municipalidades, de las Direcciones Regionales de Salud o quienes hagan sus veces en los Gobiernos Regionales y del Ministerio de Salud:**

48.1 Corresponde a las Municipalidades Provinciales y Distritales, a través de sus áreas de fiscalización, imponer las sanciones derivadas del incumplimiento de la señalización en los lugares referidos en los artículos 5, 8 y 10 del Reglamento, para cual emitirán las Ordenanzas Municipales correspondientes.



*48.2 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 las que hagan sus veces, así como a las Municipalidades Provinciales y Distritales a través de sus áreas de fiscalización, en el ámbito de sus competencias, imponer las sanciones derivadas de las actividades señaladas en los literales b), c) y d) del numeral 12.1 del Reglamento. El Ministerio de Salud aprobará mediante Resolución Ministerial los Lineamientos para la aplicación de sanciones conforme a la Ley y el Reglamento. En el caso de los Gobiernos Regionales y Municipalidades, deberán emitir las Ordenanzas Regionales o Municipales respectivas.*  
(Énfasis añadido)

38. Si bien la Municipalidad ha señalado que se encuentra facultada para emitir ordenanzas que regulan la prevención y el consumo del tabaco, puede apreciarse que dichas disposiciones no facultan a las municipalidades distritales a establecer restricciones o prohibiciones adicionales a las contenidas en la Ley N° 28705 respecto al consumo de productos derivados del tabaco.
  39. En tal sentido, únicamente se reafirma que la competencia de las municipalidades (como la Municipalidad) se circunscribe a sancionar el incumplimiento de lo dispuesto en los literales a), b) y c) del numeral 12.1) del Reglamento de la Ley N° 28705; y, en todo caso, para regular mediante ordenanza dicha facultad sancionadora.
  40. Asimismo, la propia Ley N° 27972 es consistente con las demás normas precedentemente señaladas por cuanto no otorga facultades regulatorias a las municipalidades distritales para imponer prohibiciones relacionadas con el consumo de productos derivados del tabaco, **sino únicamente facultades fiscalizadoras, en cumplimiento de la regulación nacional y provincial correspondiente.**
  41. En consecuencia, la Municipalidad no posee competencias para establecer regulaciones en el consumo y expendio de productos derivados del tabaco, sino únicamente para ejercer la fiscalización y supervisión del marco legal sobre la materia en los locales de su jurisdicción.
- D.1 Sobre la prohibición de fumar y mantener encendidos productos de tabaco en determinados lugares:
42. La Municipalidad a través de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM establece lo siguiente:
    - a) La prohibición de fumar y mantener encendidos productos de tabaco en todos los interiores de los espacios públicos cerrados, conforme su



- definición, contenida en el inciso c) del artículo 4 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM.
- b) La prohibición de fumar y mantener encendidos productos de tabaco en todos los centros públicos de esparcimiento, mercados, estadios, coliseos, centros comerciales; incluidos en la definición de espacios públicos cerrados, contenida en el inciso e) del artículo 4 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM.
  - c) La prohibición de fumar y mantener encendidos productos de tabaco en todo evento público realizado en lugares incluidos en la definición de espacios públicos cerrados, contenida en el inciso g) del artículo 4 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM.
  - d) La prohibición de fumar y mantener encendidos productos de tabaco en las áreas de embarque y desembarque de personas y/o mercancías, contenida en el literal d) del artículo 4 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM.
43. Respecto de las medidas indicadas en los literales a), b) y c) del párrafo precedente, la prohibición de fumar y mantener encendidos productos de tabaco en los mencionados lugares no resulta aplicable a todos aquellos interiores, centros públicos de esparcimiento, mercados, estadios, coliseos, centros comerciales o en todo evento público, sino a los que se incluyan en la definición de «*espacio público cerrado*», establecida en el literal c) del artículo 3 la Ordenanza N° 007-2017-MDMM, el cual define como lo siguiente:
- «(...) c) *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*».
44. Conforme se mencionó previamente las municipalidades deben ejercer sus competencias dentro de las facultades que le han sido atribuidas expresamente por las leyes y la Constitución Política.
45. La Ley N° 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco, así como su reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 015-2008-SA, regula la comercialización y consumo de productos derivados del tabaco a nivel nacional.
46. Cabe indicar que el artículo 3 de la Ley N° 28705, establece una prohibición de fumar en establecimientos de salud o educación, entre otros, así como en



«espacios públicos cerrados», el cual ha sido definido conforme aprecia de la siguiente cita:

**«Ley N° 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:**

3.1 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.

3.2 Se entiende por **interiores o espacios públicos cerrados** todo lugar de trabajo o de acceso al público que se **encuentre cubierto por un techo y cerrado entre paredes**, independientemente del material utilizado para el techo y de que la estructura sea permanente o temporal.

3.3 El reglamento de la Ley establece las demás especificaciones de los interiores o espacios públicos cerrados.»

(énfasis añadido)

47. Al amparo del numeral 3.3) del artículo 3 de la Ley N° 28705, el Decreto Supremo N° 015-2008-SA, que aprobó el reglamento de la Ley 28705 delimitó el concepto de «espacio público cerrado» como todo aquel que cumpla con las siguientes características: (i) ser de acceso al público; (ii) estar cubierto por un techo; y (iii) tener más de una pared<sup>16</sup>.
48. En ese sentido, tal como se aprecia a continuación, la definición de espacio público cerrado establecido en la Ordenanza N° 007-2017-MDMM<sup>17</sup> y en el Reglamento de la Ley N° 28705 son idénticas:

REGLAMENTO DE LA LEY N° 28705	ORDENANZA N° 007-2017-MDMM
« <u>Todo lugar de acceso público que se encuentre cubierto por un techo y que tenga más de una pared (...).</u> »	« <u>Todo lugar de acceso público que se encuentre <b>cubierto por un techo y que tenga más de una pared</b>, (...)</u> »

49. La denunciante alegó que la prohibición contenida en los incisos c), e) y g) del artículo 4 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM resultan ilegales debido a que la Municipalidad no contaría con competencia normativa para establecer dicha restricción en su distrito, sino únicamente para fiscalizar.

<sup>16</sup> Decreto Supremo N° 015-2008-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.

<sup>17</sup> Publicada en el diario oficial El Peruano el 08 de marzo de 2017.



50. En diversos pronunciamientos la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en adelante, la Sala)<sup>18</sup> ha señalado que teniendo en cuenta que la prohibición de fumar en «espacios públicos cerrados» entendidos estos como todo espacio con acceso al público, cubierto por un techo y que tenga más de una pared es una definición establecida por el Ministerio en el Decreto Supremo 015-2008-SA y que al ser recogida de manera textual por una ordenanza, tal incorporación no implica el ejercicio de competencia normativa de dicha entidad. En dichos pronunciamientos la Sala estableció lo siguiente:

«(...)

*Sobre el particular, teniendo en cuenta que la prohibición de fumar en “espacios públicos cerrados” entendidos estos como todo espacio con acceso al público, cubierto por un techo y que tenga más de una pared es una definición establecida por el Ministerio en el Decreto Supremo 015-2008-SA, modificado por Decreto Supremo 001-2011-SA, que fue recogida de manera textual por la Municipalidad, o sea literalmente copiada, la Sala considera que su incorporación en el artículo 3 literal c) de la Ordenanza 342-MDB no implica el ejercicio de competencia normativa de dicha entidad. En consecuencia, carece de objeto pronunciarse sobre dicho argumento.*

(...)

(Énfasis añadido)

51. En el presente caso, se puede afirmar que la Municipalidad no se ha excedido en sus competencias atribuidas por ley, toda vez que la definición de «*espacio público cerrado*», recogida en literal c) del artículo 3 la Ordenanza N° 007-2017-MDMM, es similar a la señalada en el Reglamento de la Ley N° 28705, por lo que la entidad denunciada, a través de la citada regulación, no ha innovado el ordenamiento jurídico. Razón por la cual se desestima lo manifestado por la denunciante en este extremo.
52. Asimismo, al aplicar la prohibición de fumar y mantener encendidos productos de tabaco en determinados lugares incluidos en definición de «*espacio público cerrado*», la Municipalidad únicamente se encuentra plasmando lo dispuesto tanto en la Ley N° 28705 y su respectivo reglamento, que al no haber sido materia de cuestionamiento resultan de obligatorio cumplimiento.
53. Dicho criterio ha sido considerado por la Sala en un anterior pronunciamiento<sup>19</sup> en el cual ha manifestado que en tanto la barrera burocrática resulte acorde a una norma reglamentaria que no ha sido cuestionada, resultará conforme con el ordenamiento jurídico vigente.

<sup>18</sup> Ver Resoluciones N° 199-2013/SDC-INDECOPI, N° 200-2013/SDC-INDECOPI y N° 589-2014/SDC-INDECOPI.

<sup>19</sup> Resolución N° 00092-2016/SDC-INDECOPI.



54. Cabe señalar que la denunciante manifestó que la Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con subespecialidad en temas de mercado, resolvió que la definición de espacios públicos cerrados como “todo lugar de acceso público que se encuentre cubierto por un techo y que tenga más de una pared”, vulnera la Ley N° 28705.
55. Al respecto, es preciso indicar que se ha tomado conocimiento que los procesos contencioso administrativo, tramitados ante dicha Sala, no cuentan con un pronunciamiento que haya quedado firme, razón por la cual lo alegado en este extremo debe ser desestimado.
56. Por otro lado, respecto de la prohibición señalada en el literal d) del artículo 4 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM, que contiene «*la prohibición de fumar y mantener encendidos productos de tabaco en las áreas de embarque y desembarque de personas y/o mercancías*», cabe indicar que tal prohibición, en las áreas citadas, implica necesariamente el uso de cualquier medio de transporte.
57. En ese sentido, se debe entender que la citada prohibición se encuentra regulada en el numeral 3.1) del artículo 3 de la Ley N° 28705<sup>20</sup> y en el numeral 5.2) del artículo 5 de su Reglamento<sup>21</sup> que regulan la prohibición de fumar en todo medio de transporte público, los cuales, necesariamente deben contar con zonas de embarque y desembarque. Razón por la cual, esta Comisión considera que la Municipalidad no se ha excedido en sus competencias, sino que ha recogido lo dispuesto en la Ley N° 28705 y su Reglamento, los cuales, al no haber sido materia de cuestionamiento resultan de obligatorio cumplimiento
58. En ese sentido, las siguientes prohibiciones al estar acordes con lo dispuesto en la Ley N° 28705 y su reglamento, no constituyen barreras burocráticas ilegales:
- a) La prohibición de fumar y mantener encendidos productos de tabaco en todos los interiores de los espacios públicos cerrados, conforme su

<sup>20</sup> Ley N° 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

3.1 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.

(Énfasis añadido)

<sup>21</sup> Decreto Supremo N° 015-2008-SA

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.



definición, contenida en el inciso c) del artículo 4 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM.

- b) La prohibición de fumar y mantener encendidos productos de tabaco en todos los centros públicos de esparcimiento, mercados, estadios, coliseos, centros comerciales; incluidos en la definición de espacios públicos cerrados, contenida en el inciso e) del artículo 4 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM.
- c) La prohibición de fumar y mantener encendidos productos de tabaco en todo evento público realizado en lugares incluidos en la definición de espacios públicos cerrados, contenida en el inciso g) del artículo 4 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM.
- d) La prohibición de fumar y mantener encendidos productos de tabaco en las áreas de embarque y desembarque de personas y/o mercancías, contenida en el literal d) del artículo 4 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM.

#### D.2 Sobre la prohibición de la publicidad de tabaco:

59. La Municipalidad a través de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM ha establecido las siguientes prohibiciones:

- a) La prohibición de que la publicidad de tabaco sea exhibida o puesta al alcance de menores de 18 años de edad en lugares de atención al público, contenida en el inciso c) del artículo 8 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM.
- b) La prohibición de distribución gratuita promocional de productos de tabaco en la vía pública, contenida en el inciso g) del artículo 8 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM y en el Código N° 1369 de la Tabla de Infracciones del artículo 12° del mismo cuerpo normativo.
- c) La prohibición de distribución gratuita promocional de productos de tabaco en establecimientos que se permita el ingreso a menores de 18 años de edad, contenida en el inciso g) del artículo 8 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM y en el Código N° 1369 de la Tabla de Infracciones del artículo 12 del mismo cuerpo normativo.



60. Cabe indicar que las medidas descritas se encuentran reguladas en las siguientes disposiciones de la Ley y de su Reglamento, tal como se indica a continuación:

LEY N° 28705	REGLAMENTO DE LA LEY N° 28705	ORDENANZA N° 007-2017-MDMM
<p><b>Artículo 17.- De las prohibiciones de la publicidad</b> 5.Exhibiciones, espectáculos y similares en los que esté permitido el ingreso de menores de 18 años.</p>	<p><b>Artículo 33.- Limitación de publicidad gráfica para menores</b> (...) 33.2 La publicidad de tabaco no debe ser exhibida ni puesta al alcance de menores de 18 años de edad en lugares de atención al público.</p>	<p>La prohibición de que la publicidad de tabaco sea exhibida o puesta al alcance de menores de 18 años de edad en lugares de atención al público, <b>contenida en el inciso c) del artículo 8° de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM.</b></p>
<p><b>Artículo 11.- De las prohibiciones de comercialización</b> 6. Prohíbese la distribución gratuita promocional de productos de tabaco, excepto cuando en forma objetiva y verificable se pueda demostrar que el receptor es mayor de 18 años.</p>	<p><b>Artículo 28.- Distribución promocional de productos de tabaco</b> <u>Prohíbese la distribución gratuita promocional de productos de tabaco en la vía pública o en establecimientos que se permita el ingreso a menores de 18 años de edad. En otros lugares, solamente se permitirá la distribución de productos de tabaco cuando en forma objetiva y verificable se pueda demostrar que el receptor es mayor de edad.</u></p>	<p>La prohibición de distribución gratuita promocional de productos de tabaco en la vía pública, <b>contenida en el inciso g) del artículo 8° de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM y en el Código N° 1369 de la Tabla de Infracciones del artículo 12° del mismo cuerpo normativo.</b></p> <p>La prohibición de distribución gratuita promocional de productos de tabaco en establecimientos que se permita el ingreso a menores de 18 años de edad, <b>contenida en el inciso g) del artículo 8° de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM y en el Código N° 1369 de la Tabla de Infracciones del artículo 12° del mismo cuerpo normativo.</b></p>

61. Cabe indicar que la Municipalidad no se ha excedido en sus competencias normativas, toda vez que las prohibiciones reguladas en los incisos c) y g) del artículo 8 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM, se encuentran recogidas en la



Ley N° 28705 y su Reglamento, las cuales al no haber sido materia de cuestionamiento también resultan de obligatorio cumplimiento.

62. En ese sentido, tal como ha sido señalado por la Sala<sup>22</sup>, en la medida que el Reglamento de la Ley N° 28705 no ha sido materia de cuestionamiento no es posible que la Comisión se pronuncie sobre su ilegalidad. Asimismo, en la medida que, lo dispuesto en la Ordenanza N° 007-2017-MDMM no puede ser analizado de manera aislada, se presume su validez.
63. Considerando que las siguientes prohibiciones resultan acordes con lo dispuesto en la Ley N° 28705 y su Reglamento, no constituyen barreras burocráticas ilegales:
- a) La prohibición de que la publicidad de tabaco sea exhibida o puesta al alcance de menores de 18 años de edad en lugares de atención al público, contenida en el inciso c) del artículo 8 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM.
  - b) La prohibición de distribución gratuita promocional de productos de tabaco en la vía pública, contenida en el inciso g) del artículo 8 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM y en el Código N° 1369 de la Tabla de Infracciones del artículo 12° del mismo cuerpo normativo.
  - c) La prohibición de distribución gratuita promocional de productos de tabaco en establecimientos que se permita el ingreso a menores de 18 años de edad, contenida en el inciso g) del artículo 8 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM y en el Código N° 1369 de la Tabla de Infracciones del artículo 12° del mismo cuerpo normativo.

D.3 Prohibición de fumar y mantener encendidos productos de tabaco en los lugares de venta de combustibles o materiales inflamables:

64. La Municipalidad a través de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM ha dispuesto la prohibición de fumar y mantener encendidos productos de tabaco en lugares de venta de combustible o de materiales inflamables, contenida en el literal f) del artículo 4 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM.
65. Al respecto, entre las normas que regulan en sector hidrocarburos, se encuentra el Decreto Supremo N° 054-93-EM, norma mediante la cual aprueban el Reglamento de Seguridad para Establecimientos de Venta al Público de

<sup>22</sup> Ver Resolución N° 0042-2015/SDCINDECOPI  
M-CEB-02/02



Combustibles Derivados de Hidrocarburos, que dispuso determinadas normas técnicas dirigidas a las personas naturales y jurídicas, que realicen la comercialización de combustibles líquidos derivados de hidrocarburos por intermedio de los Establecimientos de Venta al Público de Combustibles, como son las "Estaciones de Servicio", "Puesto de Venta de Combustibles" también denominados como Grifos, "Consumidores Directos" y los "Almacenes rurales de combustibles en cilindros".

66. Sobre el particular, el artículo 50 del Decreto Supremo N° 054-93-EM, dispuso la prohibición de fumar y hacer fuego abierto en las Estaciones de Servicio y en los grifos, como se aprecia a continuación:

*«Artículo 50.- No será permitido fumar ni hacer fuego abierto en las Estaciones de Servicio y en los Grifos, se deberá colocar avisos visibles que indiquen esta prohibición. Los servicios de vulcanización se deberán ubicar a una distancia mínima de diez metros (10 m) de los tubos de ventilación, puntos de llenado y surtidores.»*

67. Asimismo, mediante el Decreto Supremo N° 052-93-EM, norma mediante la cual aprueban el Reglamento de Seguridad para el Almacenamiento de Hidrocarburos, se estableció en el artículo 1 que las disposiciones que sean señaladas eran de aplicación para todas las empresas almacenadoras de hidrocarburos, líquidos inflamables, entre otras, como se aprecia a continuación:

*«Artículo 3.- El Reglamento es de aplicación a las Empresas Almacenadoras de hidrocarburos, líquidos inflamables y combustibles líquidos, o líquidos residuales, excepto si son sólidos a 37.8 oC (100 oF) o más, que se almacenan en estado líquido a condiciones normales de temperatura y presión. El Reglamento también se aplica a los gases licuados y líquidos criogénicos.»*

68. En la referida disposición también se dispuso la prohibición de fumar en determinadas zonas, como se aprecia a continuación:

*«Artículo 105.- Está expresamente prohibido en todos los locales comprendidos dentro de las áreas peligrosas, fumar o cualquier forma de hacer fuego o utilizar cualquier llama. Los portadores de cerillas, mecheros y armas de fuego cargadas deberán obligatoriamente entregar esos artículos a la entrada de las mencionadas instalaciones, al personal que haya sido designado para ese servicio, el cual solamente los devolverá a su salida. La utilización de calzado con puntas o clavos de acero queda igualmente prohibida dentro de las áreas peligrosas.»*

*Artículo 106.- En las instalaciones que comprende el Reglamento, será obligatoria la fijación de carteles bien visibles, donde se informe y se dé instrucciones sobre*



requerimientos de seguridad y sistemas de emergencia. Entre otras cosas se informará sobre:

- Identificación de áreas donde esté prohibido fumar.»

69. Como se señala, existen disposiciones del gobierno nacional que regulan la prohibición de fumar y mantener encendidos productos de tabaco en los lugares de venta de combustibles o materiales inflamables como los son los Decretos Supremos N° 052-93-EM y N° 054-93-EM, vigentes a la fecha de la expedición de la presente resolución.
70. Cabe precisar que si bien los Decretos Supremos N° 052-93-EM y N° 054-93-EM señalan dentro de sus disposiciones que la Dirección General de Hidrocarburos, en forma directa o a través de Empresas de Auditoría e Inspectorías, son las encargadas de fiscalizar el cumplimiento de los respectivos reglamentos que estas normas aprueban<sup>23</sup>, ello al amparo del Decreto Ley N° 25763<sup>24</sup> y su reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 012-93-EM<sup>25</sup>; en la actualidad la entidad que cuenta con competencias para supervisar y fiscalizar, en el ámbito nacional, el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con las actividades de los subsectores minería, electricidad e hidrocarburos, es el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante, el Osinergmin), de acuerdo con la Ley N° 29901, tal como se aprecia a continuación:

**«Ley N° 29901, Ley que precisa competencias del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN)**

(...)

**Artículo 3. Competencias del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmin) para supervisar y fiscalizar**

*En concordancia con las precisiones establecidas en el artículo 2, el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmin) es competente para supervisar y fiscalizar, en el ámbito nacional, el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con las actividades de los subsectores minería, electricidad e hidrocarburos;*

<sup>23</sup> **Decreto Supremo N° 054-93-EM, Reglamento de Seguridad para Establecimientos de Venta al Público de Combustibles Derivados de Hidrocarburos**

**Artículo 3.-** La Dirección General de Hidrocarburos del Ministerio de Energía y Minas, es la entidad encargada de hacer cumplir las disposiciones del presente Reglamento.

La Dirección General de Hidrocarburos, podrá ejercer la fiscalización del presente Reglamento, en forma directa o por intermedio de las Empresas de Auditoría e Inspectoría, de conformidad con el Decreto Ley N° 25763 y su Reglamento respectivo.

**Decreto Supremo N° 052-93-EM, Reglamento de Seguridad para el Almacenamiento de Hidrocarburos**

**Artículo 7.-** Sin perjuicio de lo establecido en los dispositivos legales vigentes, el cumplimiento del presente Reglamento será fiscalizado por la DGH directamente o a través de Empresas de Auditoría e Inspectoría, de conformidad con el Decreto Ley N° 25763 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 012-93-EM.

<sup>24</sup> Derogado por la Tercera Disposición Final de la Ley N° 27474, Ley de Fiscalización de las actividades Mineras.

<sup>25</sup> Dejado sin efecto por el artículo 2° del Decreto Supremo N° 049-2001-EM, publicado el 6 de septiembre de 2001.



*manteniendo las competencias para fiscalizar la seguridad de la infraestructura de los subsectores minería, electricidad e hidrocarburos.»*  
(el subrayado es nuestro)

71. Es así que, la Municipalidad no se ha excedido en sus competencias atribuidas por ley, sino que se encuentra regulando, a través de la prohibición en cuestión, una medida similar a la impuesta por las normas del sector nacional en materia de Hidrocarburos, por lo que la entidad denunciada no ha innovado el ordenamiento jurídico en dicha materia. Asimismo, los decretos supremos mencionados, al no haber sido materia de cuestionamiento resultan de obligatorio cumplimiento,
  72. Asimismo, cabe precisar que a través de la exigencia en cuestión la Municipalidad no ha infringido las facultades de fiscalización correspondientes al Osinergming en la medida que no ha establecido alguna tipificación vinculada con esta facultad. Por todo lo expuesto, dicha medida no constituye una barrera burocrática ilegal.
- D.4 Sobre la exigencia de usar otros medios de anuncio para señalar los lugares en los que se prohíbe fumar.
73. La Municipalidad en el literal d) del artículo 5 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM establece la exigencia de usar otros medios de anuncio como paneles televisivos o perifoneo periódico u otro para señalar los lugares en los cuales está prohibido fumar, cuando por el gran tamaño de local se dificulta la visibilidad de los avisos de señalización.
  74. Sin embargo, de una revisión de la Ley N° 28705, no se advierte dicha exigencia, en todo caso el artículo 8 de su Reglamento establece únicamente el número mínimo de avisos que deben ser colocados en los establecimientos o locales de acuerdo a su dimensión.
  75. De ese modo, no se aprecia que la Municipalidad haya acreditado contar con una habilitación por norma con rango de ley que le permita regular la exigencia cuestionada.
  76. En ese sentido, la citada exigencia constituye una barrera burocrática ilegal por contravenir la Ley N° 28705, lo cual constituye una vulneración adicional del artículo VIII del Título Preliminar y del principio de legalidad establecido en el artículo 38 de la Ley N° 27972.



77. Finalmente, debe precisarse que, la barrera burocrática declarada ilegal en la presente resolución no desconoce las facultades de supervisión y las acciones que consideren pertinentes las municipalidades distritales en fiscalizar el consumo de productos derivados del tabaco a determinados establecimientos, así como la emisión de humos, gases, ruidos y demás elementos contaminantes de la atmósfera y el ambiente, conforme a lo dispuesto en el artículo 80 de la Ley N° 27972 y el artículo 18 de la Ley N° 28705.

#### **E. Evaluación de razonabilidad:**

78. De conformidad con la metodología establecida en el Decreto Legislativo N° 1256<sup>26</sup>, habiendo identificado que la exigencia de usar otros medios de anuncio como paneles televisivos o perifoneo periódico u otro para señalar los lugares en los cuales está prohibido fumar, cuando por el gran tamaño de local se dificulta la visibilidad de los avisos de señalización, contenida en el literal d) del artículo 5 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM, constituye la imposición de una barrera burocrática ilegal, no corresponde efectuar el análisis de razonabilidad respecto de dichos extremos.

79. Sin embargo, habiéndose determinado que las siguientes medidas no constituyen la imposición de barreras burocráticas ilegales, corresponde proceder con el análisis de razonabilidad de las mismas:

- (i) La prohibición de fumar y mantener encendidos productos de tabaco en todos los interiores de los espacios públicos cerrados, conforme su definición, contenida en el inciso c) del artículo 4 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM.
- (ii) La prohibición de fumar y mantener encendidos productos de tabaco en todos los centros públicos de esparcimiento, mercados, estadios, coliseos, centros comerciales; incluidos en la definición de espacios públicos cerrados, contenida en el inciso e) del artículo 4 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM.

<sup>26</sup> Decreto Legislativo N° 1256, que aprueba la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas  
**Artículo 15.- Condiciones para realizar el análisis de razonabilidad**

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



- (iii) La prohibición de fumar y mantener encendidos productos de tabaco en todo evento público realizado en lugares incluidos en la definición de espacios públicos cerrados, contenida en el inciso g) del artículo 4 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM.
  - (iv) La prohibición de que la publicidad de tabaco sea exhibida o puesta al alcance de menores de 18 años de edad en lugares de atención al público, contenida en el inciso c) del artículo 8 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM.
  - (v) La prohibición de distribución gratuita promocional de productos de tabaco en la vía pública, contenida en el inciso g) del artículo 8 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM y en el Código N° 1369 de la Tabla de Infracciones del artículo 12 del mismo cuerpo normativo.
  - (vi) La prohibición de distribución gratuita promocional de productos de tabaco en establecimientos que se permita el ingreso a menores de 18 años de edad, contenida en el inciso g) del artículo 8 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM y en el Código N° 1369 de la Tabla de Infracciones del artículo 12 del mismo cuerpo normativo.
  - (vii) La prohibición de fumar y mantener encendidos productos de tabaco en las áreas de embarque y desembarque de personas y/o mercancías, contenida en el literal d) del artículo 4 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM.
  - (viii) La prohibición de fumar y mantener encendidos productos de tabaco en lugares de venta de combustible o de materiales inflamables, contenida en el literal f) del artículo 4 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM.
80. El Capítulo II del Decreto Legislativo N° 1256, establece la metodología de análisis de barreras burocráticas, señalando en su artículo 14 que en caso la barrera burocrática denunciada fuera declarada legal, se procede con el análisis de razonabilidad. Por lo cual, habiendo identificado que las prohibiciones indicadas en el párrafo anterior no constituyen la imposición de barreras burocráticas ilegales, correspondería efectuar el análisis de razonabilidad de dichas medidas.
81. Si bien se reconoce la validez de lo dispuesto en los incisos inciso c), d), e), f) y g) del artículo 4 y de los incisos c) y g) del artículo 8 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM en tanto recoge lo señalado en la Ley N° 28705 y su Reglamento, así como en las normas sectoriales, en materia de hidrocarburos, lo señalado en ellos no resulta irrestricto pues se encuentra sujeta a los límites de



**proporcionalidad y razonabilidad** que rigen todas las actuaciones administrativas, tal como lo ha señalado el propio Tribunal Constitucional<sup>27</sup>.

82. La evaluación de razonabilidad y proporcionalidad de una disposición normativa que restringe derechos a las personas no resulta exclusiva del ordenamiento jurídico peruano, sino que es aplicada de modo similar por distintos tribunales en el mundo<sup>28</sup> y administraciones públicas<sup>29</sup> que buscan una mejora regulatoria. Con este tipo de análisis, lo que se pretende es que las exigencias y prohibiciones impuestas a los particulares hayan sido producto de un proceso de examen por la autoridad en el que se justifique la necesidad y la proporcionalidad en atención a un interés público, de tal manera que sean más beneficiosas que los costos sociales van a generar.
83. En el Perú, conforme a lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 1256, se ha otorgado facultades a la Comisión para verificar (además de la legalidad) la razonabilidad de las barreras burocráticas que sean impuestas a los agentes económicos por parte de las entidades de la Administración Pública; y, de disponer su inaplicación ya sea con efectos generales o al caso concreto, dependiendo de cada evaluación realizada.
84. La función en comentario de modo alguno implica sustituir a la autoridad local o sectorial en el ejercicio de sus atribuciones, sino únicamente verificar por encargo legal que las regulaciones administrativas emitidas tengan una justificación razonable, tomando en cuenta su impacto en el ejercicio del derecho a la libre iniciativa privada.
85. De conformidad con la metodología establecida en el Decreto Legislativo N° 1256, señalada en el párrafo 80 de la presente resolución, al haber identificado

<sup>27</sup> Ver Sentencia recaída en el Expediente N° 00016-2009-AI, en la que señaló lo siguiente: «En suma, las intervenciones estatales en los derechos fundamentales podrán ser realizadas siempre que se pretenda maximizar el orden público en favor de la libertad de los individuos. Evidentemente tal intervención de los derechos sólo podrá ser efectuada si las medidas legales son racionales y proporcionales.»

<sup>28</sup> Sobre la evolución del análisis de proporcionalidad (Proportionality analysis – PA) en distintos países del mundo, ver: Stone Sweet, Alec y Mathews, Jud. «*Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*» (2008). Faculty Scholarship Series. Paper 14. ([http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/14](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/14)). Asimismo, 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.

<sup>29</sup> En países como Estados Unidos de Norteamérica (EE.UU), México (MX), Reino Unido (RU), entre otros, existen agencias dependientes del Gobierno, encargadas de revisar las regulaciones y trámites administrativos que impactan en las actividades económicas y en los ciudadanos, de manera previa a su emisión. Se exige que las entidades públicas que imponen estas disposiciones remitan información y documentación que sustente su necesidad y justificación económica en atención al interés público que se desea tutelar. Las agencias antes mencionadas son: (i) en EE.UU, la Oficina de Información y Regulación para los negocios (Office of Information and Regulatory Affairs); (ii) en MX, la Comisión Federal de Mejora Regulatoria (COFEMER); y, (iii) en RU, el Comité de Política Regulatoria (Regulatory Policy Committee).



que las medidas cuestionadas indicadas en el párrafo 79 no constituyen barreras burocráticas ilegales, corresponde efectuar el análisis de razonabilidad.

86. En referencia a ello, según el artículo 15 del referido decreto legislativo, la Comisión o a Sala, de ser el caso, realiza el análisis de razonabilidad de una barrera burocrática en los procedimientos iniciados a pedido de parte, **siempre que el denunciante presente indicios suficientes respecto a la carencia de razonabilidad de la misma** en la denuncia y hasta antes de que se emita la resolución que resuelve la admisión a trámite de esta.
87. Por su parte el artículo 16 del Decreto Legislativo N° 1256, establece que los citados indicios, señalados en el párrafo anterior, deben estar dirigidos a sustentar que la barrera burocrática califica como una medida arbitraria o como una medida desproporcionada, considerando dichas medidas de la siguiente manera:
- (i) **Medida arbitraria:** es una medida que carece de fundamentos y/o justificación, o que teniendo una justificación no resulta adecuada o idónea para alcanzar el objetivo de la medida; y/o
  - (ii) **Medida desproporcionada:** es una medida que resulta excesiva en relación con sus fines y/o respecto de la cual existe otra u otras medidas alternativas que puedan lograr el mismo objetivo de manera menos gravosa.
88. Es decir, la norma indica que cuando un denunciante haya calificado la barrera burocrática cuestionada ya sea como medida arbitraria o desproporcionada, calificará como un indicio de carencia de razonabilidad; sin embargo, la citada norma establece que no serán **indicios suficientes** para realizar el análisis de razonabilidad aquellos argumentos (i) Que no se encuentren referidos a la barrera burocrática cuestionada, (ii) Que tengan como finalidad cuestionar la pertinencia de una política pública, (iii) Que sean alegaciones o afirmaciones genéricas; o, (iv) Que aleguen como único argumento que la medida genera costos.
89. Entendiéndose de esta forma que, según la referida norma, el denunciante debe justificar y argumentar las razones por las cuales considera que la medida cuestionada en el procedimiento es arbitraria y/o desproporcionada.
90. Respecto de las exigencias señaladas en los puntos (i) (ii), (iii), (iv), (v), (vi), (vii) y (viii) del párrafo 79 de la presente resolución, se ha verificado que los



argumentos presentados por la denunciante se limitan a cuestionar la carencia de una sustentación previa de la razonabilidad de las barreras burocráticas contenidas en la Ordenanza N° 007-2017-MDMM, la falta de un análisis de los costos y beneficios, del impacto positivo y de alguna otra alternativa menos costosa.

91. En la medida que la denunciante ha realizado alegaciones genéricas, no corresponde efectuar el análisis de razonabilidad y, en consecuencia, declarar infundada la denuncia en los referidos extremos.

**F. Medida correctiva:**

92. Los artículos 43 y 44 del Decreto Legislativo N° 1256, señalan lo siguiente:

**«Artículo 43.- Medidas correctivas**

*La Comisión o la Sala, de ser el caso, puede ordenar y/o conceder las siguientes medidas correctivas:*

[...].

2. *Que las entidades informen a los ciudadanos acerca de las barreras burocráticas declaradas ilegales y/o carentes de razonabilidad mediante las resoluciones de la Comisión que hayan agotado la vía administrativa y/o las resoluciones de la Sala, como medida complementaria.*

**Artículo 44.- Forma de implementación y plazo para el cumplimiento de las medidas correctivas:**

[...].

- 44.2. *En el caso de la medida correctiva señalada en el inciso 2. del artículo precedente, el plazo máximo con el que cuenta la entidad es de cinco (5) días hábiles. Las entidades pueden emplear medios de comunicación tanto físicos como virtuales que estén disponibles para todo administrado y/o agente económico que acuda al área de trámite documentario, así como el portal de la entidad.».*

93. De lo anterior, se puede advertir que esta Comisión se encuentra facultada para ordenar que las entidades informen a los ciudadanos acerca de las barreras burocráticas declaradas ilegales y/o carentes de razonabilidad.
94. En tal sentido, considerando el marco normativo vigente y que en el presente procedimiento se ha determinado la ilegalidad de la medida indicada en el párrafo 78; se ordena a la Municipalidad que informe a los ciudadanos acerca de la barrera burocrática declarada ilegal en el presente procedimiento, una vez que se declare consentida la presente resolución o sea confirmada por la Sala.



95. El incumplimiento de la medida correctiva dispuesta en la presente resolución podrá ser sancionado con una multa de hasta veinte (20) Unidades Impositivas Tributarias, de conformidad con el artículo 36 del Decreto Legislativo N° 1256.

**G. Solicitud del pago de costas y costos del procedimiento:**

96. Por otro lado, la denunciante ha solicitado que esta Comisión disponga en su favor el otorgamiento de las costas y costos derivados del presente procedimiento.
97. Al respecto, de acuerdo con lo establecido en el numeral 8.2) del artículo 8 y en el numeral 10.2) del artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1256 en los procedimientos de eliminación de barreras burocráticas la Comisión o la Sala, de ser el caso, pueden ordenar la devolución de las costas y costos, cuando corresponda. Asimismo, el artículo 25° de la citada norma establece lo siguiente:

**«Artículo 25.- De las costas y costos**

25.1. *En los procedimientos iniciados a solicitud de parte, la Comisión o la Sala, de ser el caso, puede ordenar a la entidad vencida el reembolso de las costas y costos en los que haya incurrido el denunciante, siempre que este lo hubiese solicitado al inicio o durante el procedimiento.*

25.2. *Las reglas aplicables a los procedimientos para la liquidación de costas y costos son las dispuestas en la Directiva N° 001-2015-TRI-INDECOPI del 6 de abril de 2015 o la que la sustituya.»*

98. En consecuencia, en la medida que la Municipalidad ha obtenido un pronunciamiento desfavorable, la Comisión considera que corresponde ordenarle el pago de las costas<sup>30</sup> y costos<sup>31</sup> del procedimiento en favor de la denunciante.
99. El artículo 419 del Código Procesal Civil<sup>32</sup>, de aplicación supletoria, dispone que las costas y costos deben pagarse inmediatamente después de ejecutoriada la resolución que las apruebe<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> **Código Procesal Civil.**

**Artículo 410°.-** Las costas están constituidas por las tasas judiciales, los honorarios de los órganos de auxilio judicial y los demás gastos judiciales realizados en el proceso.

<sup>31</sup> **Código Procesal Civil.**

**Artículo 411°.-** Son costos del proceso el honorario del Abogado de la parte vencedora, más un cinco por ciento destinado al Colegio de Abogados del Distrito Judicial respectivo para su Fondo Mutual y para cubrir los honorarios de los Abogados en los casos de Auxilio Judicial.

<sup>32</sup> **Código Procesal Civil.**

**Artículo 419°.-** Las costas y costos deben pagarse inmediatamente después de ejecutoriada la resolución que las apruebe. En caso de mora, devengan intereses legales.

El pago se exige ante el Juez de la demanda. Las resoluciones que se expidan son inimpugnables.



100. En consecuencia, la Municipalidad deberá cumplir con pagar a la denunciante las costas y costos del procedimiento, bajo apercibimiento de aplicar las multas coercitivas que correspondan<sup>34</sup>.
101. Para tal efecto, una vez que la resolución haya quedado consentida o fuera confirmada por el Tribunal del Indecopi, la denunciante podrá presentar la respectiva solicitud de liquidación de costas y costos, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 417 y 418 del Código Procesal Civil, la Directiva N° 001-2015-TRI-INDECOPI y demás disposiciones pertinentes<sup>35</sup>.

#### H. Efectos y alcances de la presente resolución:

102. De conformidad con los artículos 8 y 10 del Decreto Legislativo N° 1256, cuando en un procedimiento iniciado de parte, las barreras burocráticas cuestionadas sean declaradas ilegales y estén contenidas o materializadas en disposiciones administrativas, la Comisión dispone su inaplicación al caso concreto de la denunciante y con carácter general en favor de otros agentes económicos o administrados en general que también se vean afectados por su imposición<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> Esto es, cinco (5) días hábiles, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38° de la Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi, en concordancia con la Décimo Tercera Disposición Complementaria y Final de la Ley General del Sistema Concursal.

<sup>34</sup> **Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor.**

**Artículo 118°.-** Multas coercitivas por incumplimiento del pago de costas y costos

Si el obligado a cumplir la orden de pago de costas y costos no lo hace, se le impone una multa no menor de una (1) Unidad Impositiva Tributaria (UIT).

En caso de persistir el incumplimiento de lo ordenado, el Indecopi puede imponer una nueva multa, duplicando sucesivamente el monto de la última multa impuesta hasta el límite de cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT). La multa que corresponda debe ser pagada dentro del plazo de cinco (5) días hábiles, vencidos los cuales se ordena su cobranza coactiva.

<sup>35</sup> **Código Procesal Civil**

**Artículo 417°.-** Las costas serán liquidadas por la parte acreedora de ellas, después de ejecutoriada la resolución que las imponga o la que ordena se cumpla lo ejecutoriado.

La liquidación atenderá a los rubros citados en el Artículo 410, debiéndose incorporar sólo los gastos judiciales comprobados y correspondientes a actuaciones legalmente autorizadas.

Las partes tendrán tres días para observar la liquidación. Transcurrido el plazo sin que haya observación, la liquidación será aprobada por resolución inimpugnable.

Interpuesta observación, se conferirá traslado a la otra parte por tres días. Con su absolución o sin ella, el Juez resolverá. La resolución es apelable sin efecto suspensivo.

El único medio probatorio admisible en la observación es el dictamen pericial, que podrá acompañarse hasta seis días después de haberse admitido. Del dictamen se conferirá traslado por tres días, y con su contestación o sin ella el Juez resolverá con decisión inimpugnable.

**Artículo 418°.-** Para hacer efectivo el cobro de los costos, el vencedor deberá acompañar documento indubitable y de fecha cierta que acredite su pago, así como de los tributos que correspondan. Atendiendo a los documentos presentados, el Juez aprobará el monto.

<sup>36</sup> **Decreto Legislativo N° 1256, que aprueba la 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.



103. En el presente caso, se ha declarado barrera burocrática ilegal, la indicada en el numeral ix) del párrafo 28 de la presente resolución, contenida en la Ordenanza N° 007-MDMM, vale decir, en una disposición administrativa.
104. Por lo tanto, corresponde disponer la inaplicación de la medida señalada en el párrafo precedente, en favor de la denunciante; y, la inaplicación de la misma con efectos generales, en favor de todos los agentes económicos y/o ciudadanos que se vean afectados por su imposición.
105. Se precisa que el mandato de inaplicación con carácter general surtirá efectos a partir del día siguiente de publicado un extracto de la presente resolución en la Separata de Normas Legales del diario oficial «El Peruano»<sup>37</sup>, lo que podrá realizarse una vez que quede consentida o sea confirmada por la Sala, dentro de los alcances establecidos en la Directiva N° 002-2017/DIR-COD-INDECOPI, aprobada mediante la Resolución de la Presidencia del Consejo Directivo del Indecopi N° 019-2017-INDECOPI/COD<sup>38</sup>.
106. Cabe indicar que el incumplimiento del mandato de inaplicación precisado en el párrafo anterior podrá ser sancionado por esta Comisión, de conformidad con lo establecido en el artículo 34 del Decreto Legislativo N° 1256<sup>39</sup>.

---

8.3. La inaplicación con efectos generales opera a partir del día siguiente de publicado el extracto de la resolución emitida por la Comisión o la Sala, de ser el caso, en el diario oficial «El Peruano». La orden de publicación será emitida por el Indecopi hasta el décimo día hábil después de notificada la resolución respectiva. Si con posterioridad, algún funcionario, servidor público o cualquier persona que ejerza función administrativa por delegación, bajo cualquier régimen laboral o contractual, en la entidad que fuera denunciada, aplica las barreras burocráticas declaradas ilegales en la resolución objeto de publicación, puede ser sancionado de acuerdo con lo establecido en el artículo 34 de la presente ley.

8.4. En aquellos procedimientos iniciados de parte con posterioridad a la publicación a la que hace referencia el presente artículo, en los que se denuncie la aplicación de una barrera burocrática declarada ilegal, materializada en la misma disposición administrativa inaplicada con efectos generales, la Comisión encausa el escrito presentado como una denuncia informativa de incumplimiento de mandato.

8.5. En aquellos procedimientos en trámite, iniciados de parte hasta el día de la publicación a la que hace referencia el presente artículo y que versen sobre la misma barrera burocrática declarada ilegal inaplicada con efectos generales, la Comisión o la Sala, de ser el caso, resuelve el procedimiento en el mismo sentido y procederá conforme al numeral 8.2. cuando corresponda.

**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.

10.2. En estos procedimientos, también se procede según lo previsto en el artículo 8.2 de la Ley, cuando corresponda.

<sup>37</sup> De conformidad a lo dispuesto en el numeral 8.3) del artículo 8 del Decreto Legislativo N° 1256.

<sup>38</sup> Publicada el 11 de febrero de 2017 en diario oficial «El Peruano».

<sup>39</sup> **Decreto Legislativo N° 1256, que aprueba la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas**

**Artículo 34. - Conductas infractoras de funcionarios o servidores públicos por incumplimiento de mandato**

La Comisión puede imponer multas de hasta veinte (20) Unidades Impositivas Tributarias al funcionario, servidor público o cualquier persona que ejerza función administrativa por delegación, bajo cualquier régimen laboral o contractual, en cualquiera de los siguientes supuestos:

1. Cuando incumpla el mandato de inaplicación de la barrera burocrática declarada ilegal al que se hace referencia en el artículo 8 de la presente ley.



107. Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3) del artículo 8 del Decreto Legislativo N° 1256, se deberá publicar de un extracto de la presente resolución en la Separata de Normas Legales del diario oficial El Peruano y de su texto completo en el portal informativo sobre eliminación de barreras burocráticas, luego de que haya quedado consentida o sea confirmada por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi. La remisión del extracto mencionado a la Gerencia Legal del Indecopi, para su publicación en el diario indicado, incluirá una copia del presente pronunciamiento y se realizará dentro del plazo señalado en la Directiva N° 002-2017/DIR-COD-INDECOPI<sup>40</sup>
108. Es preciso indicar que, de conformidad con el artículo 42 del Decreto Legislativo N° 1256<sup>41</sup>, el procurador público o el abogado defensor de la Municipalidad tiene la obligación de remitir una copia de la presente resolución, luego de que haya quedado consentida, al titular de la entidad y a la Secretaria General, o quien haga sus veces, para conocimiento de sus funcionarios y/o servidores públicos.
109. Asimismo, de conformidad con el numeral 50.1) del artículo 50 del Decreto Legislativo N° 1256, la Municipalidad deberá informar en un plazo no mayor a un (1) mes las medidas adoptadas respecto de lo resuelto en la presente resolución de conformidad a lo establecido en la Directiva N° 001-2017/DIR/COD-INDECOPI aprobada mediante Resolución de la Presidencia del Consejo Directivo del Indecopi N° 018-2017-INDECOPI/COD<sup>42</sup>.

#### **POR LO EXPUESTO:**

En uso de sus atribuciones y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto Legislativo N° 1256;

---

(...).  
(Énfasis añadido)

<sup>40</sup> Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 11 de febrero de 2017.

<sup>41</sup> **Decreto Legislativo N° 1256, que aprueba la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas**  
**Artículo 42.- Responsabilidad del procurador público o abogado defensor de la entidad denunciada**

42.1. Es obligación del procurador público o abogado defensor de una entidad contra la que se inició un procedimiento, de parte o de oficio, en el que se haya declarado la ilegalidad y/o carencia de razonabilidad de una barrera burocrática por medio de una resolución que ha quedado firme o consentida, remitir copia de la resolución de la Comisión o la Sala, de ser el caso, al titular de la entidad y la Secretaría General o la que haga sus veces, con la finalidad de que pueda ser difundida para conocimiento de sus funcionarios y/o servidores públicos.

42.2. El plazo para remitir la referida resolución es de dos (2) días hábiles contados desde el día siguiente de la fecha en que quedó consentida o fue notificada la resolución que confirma la resolución de la Comisión.

42.3. El órgano de control interno de la entidad respectiva, dispone las acciones que considere pertinentes en caso de verificarse el incumplimiento de la obligación señalada en el presente artículo.

<sup>42</sup> Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 11 de febrero de 2017.



## RESUELVE:

**Primero:** desestimar el cuestionamiento efectuado por la Municipalidad Distrital de Magdalena del Mar y British American Tobacco del Perú S.A.C. en el presente procedimiento, señalado en la Cuestión Previa de la presente resolución.

**Segundo:** declarar que constituye burocrática ilegal la exigencia de usar otros medios de anuncio como paneles televisivos o perifoneo periódico u otro para señalar los lugares en los cuales está prohibido fumar, cuando por el gran tamaño de local se dificulta la visibilidad de los avisos de señalización, contenida en el literal d) del artículo 5 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM; y, en consecuencia, fundada la denuncia presentada por British American Tobacco S.A.C. contra la Municipalidad Distrital de Magdalena del Mar:

**Tercero:** disponer que no se aplique a British American Tobacco S.A.C. la barrera burocrática declarada ilegal en el presente procedimiento, así como los actos que la materialice, de conformidad con lo establecido en el artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1256.

**Cuarto:** ordenar como medida correctiva que, de conformidad con el numeral 2) del artículo 43 y el numeral 44.2) del artículo 44 del Decreto Legislativo N° 1256, la Municipalidad Distrital de Magdalena del Mar informe a los administrados acerca de la barrera burocrática declarada ilegal en el presente procedimiento, en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles de notificada la resolución que declara consentido o confirmado el presente acto.

**Quinto:** disponer la inaplicación, con efectos generales, de la barrera burocrática declarada ilegal indicada en el segundo resuelve del presente pronunciamiento, en favor de todos los agentes económicos y/o ciudadanos en general que se vean afectados por su imposición, de conformidad con lo establecido en el artículo 8 del Decreto Legislativo N° 1256. Este mandato de inaplicación surtirá efectos a partir del día siguiente de publicado el extracto de la presente resolución en la Separata de Normas Legales del diario oficial El Peruano, a que se refiere el resuelve precedente.

**Sexto:** disponer la publicación de un extracto de la presente resolución en la Separata de Normas Legales del diario oficial El Peruano y de su texto completo en el portal informativo sobre eliminación de barreras burocráticas, luego de que haya quedado consentida o sea confirmada por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi. La remisión del extracto mencionado a la Gerencia Legal del



Indecopi, para su publicación en el diario indicado, incluirá una copia del presente pronunciamiento y se realizará dentro del plazo señalado en la Directiva N° 002-2017/DIR-COD-INDECOPI<sup>43</sup>.

**Séptimo:** ordenar a la Municipalidad Distrital de Magdalena del Mar que cumpla con pagar a British American Tobacco del Perú S.A.C., las costas y costos del procedimiento, una vez que la presente resolución quede consentida; o, sea confirmada por el Tribunal del Indecopi, de ser el caso, bajo apercibimiento de aplicar las multas coercitivas que correspondan, conforme a los términos señalados en la presente resolución.

**Octavo:** disponer que, de conformidad con el numeral 50.1) del artículo 50 del Decreto Legislativo N° 1256, la Municipalidad Distrital Magdalena del Mar informe en un plazo no mayor a un (1) mes las medidas adoptadas respecto de lo resuelto en la presente resolución, de acuerdo con lo establecido en la Directiva N° 001-2017/DIR/COD-INDECOPI aprobada mediante la Resolución de la Presidencia del Consejo Directivo del Indecopi N° 018-2017-INDECOPI/COD<sup>44</sup>.

**Noveno:** informar que, de acuerdo con el artículo 42 del Decreto Legislativo N° 1256, el procurador público o el abogado defensor de la Municipalidad Distrital Magdalena del Mar tiene la obligación de remitir una copia de la presente resolución, luego de que haya quedado consentida, al titular de la entidad y a la Secretaria General o a quien haga sus veces, para conocimiento de sus funcionarios y/o servidores públicos.

**Décimo:** informar que, el incumplimiento del mandato de inaplicación dispuesto en la presente resolución podrá ser sancionado con una multa de hasta veinte (20) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), de conformidad con el artículo 34 del Decreto Legislativo N° 1256.

**Décimo Primero:** informar que, el incumplimiento de la medida correctiva dispuesta en la presente resolución podrá ser sancionado con una multa de hasta veinte (20) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), de conformidad con el artículo 36 del Decreto Legislativo N° 1256.

**Décimo Segundo:** declarar improcedente el extremo referido a las siguientes medidas denunciadas:

---

<sup>43</sup> Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 11 de febrero de 2017.

<sup>44</sup> Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 11 de febrero de 2017.



- La prohibición de fumar y mantener encendidos productos de tabaco en interiores de lugares de trabajo, contenida en el inciso e) del artículo 4 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM.
- La prohibición de fumar y mantener encendidos productos de tabaco en interiores de lugares de trabajo, contenida en el inciso g) del artículo 4 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM.

**Décimo Tercero:** declarar que las siguientes medidas no constituyen barreras burocráticas ilegales:

- (i) La prohibición de fumar y mantener encendidos productos de tabaco en todos los interiores de los espacios públicos cerrados, conforme su definición, contenida en el inciso c) del artículo 4 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM.
- (ii) La prohibición de fumar y mantener encendidos productos de tabaco en todos los centros públicos de esparcimiento, mercados, estadios, coliseos, centros comerciales; incluidos en la definición de espacios públicos cerrados, contenida en el inciso e) del artículo 4 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM.
- (iii) La prohibición de fumar y mantener encendidos productos de tabaco en todo evento público realizado en lugares incluidos en la definición de espacios públicos cerrados, contenida en el inciso g) del artículo 4 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM.
- (iv) La prohibición de que la publicidad de tabaco sea exhibida o puesta al alcance de menores de 18 años de edad en lugares de atención al público, contenida en el inciso c) del artículo 8 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM.
- (v) La prohibición de distribución gratuita promocional de productos de tabaco en la vía pública, contenida en el inciso g) del artículo 8 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM y en el Código N° 1369 de la Tabla de Infracciones del artículo 12 del mismo cuerpo normativo.
- (vi) La prohibición de distribución gratuita promocional de productos de tabaco en establecimientos que se permita el ingreso a menores de 18 años de edad, contenida en el inciso g) del artículo 8 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM y en el Código N° 1369 de la Tabla de Infracciones del artículo 12 del mismo cuerpo normativo.
- (vii) La prohibición de fumar y mantener encendidos productos de tabaco en las áreas de embarque y desembarque de personas y/o mercancías, contenida en el literal d) del artículo 4 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM.
- (viii) La prohibición de fumar y mantener encendidos productos de tabaco en lugares de venta de combustible o de materiales inflamables, contenida en el literal f) del artículo 4 de la Ordenanza N° 007-2017-MDMM.



**Décimo Cuarto:** declarar que British American Tobacco S.A.C. no ha aportado indicios sobre la carencia de razonabilidad de las medidas señaladas en el Resuelve Décimo Tercero de la presente resolución, por lo que no corresponde analizar su razonabilidad; y, en consecuencia, corresponde declarar infundada la denuncia presentada contra la Municipalidad Distrital de Magdalena del Mar, en los extremos indicados.

**Con la intervención y aprobación de los señores miembros de la Comisión: Luis Ricardo Quesada Oré, Cristian Ubía Alzamora, Rafael Alejandro Vera Tudela Wither y Víctor Sebastián Baca Oneto.**

**LUIS RICARDO QUESADA ORÉ  
PRESIDENTE**