

VIDAURRE VS. VIDAURRE EN EL ÁMBITO MUNICIPAL: La supuesta antinomia entre los plazos indefinidos de las licencias de funcionamiento y la oponibilidad por cambios de zonificación



JORGE MUÑOZ WELLS

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Especialista en temas de Derecho Administrativo,
Derecho Civil y Derecho Corporativo.

Sobre el particular, para desarrollar este artículo, utilizaremos un caso real de nuestro quehacer profesional¹, sin importar nombres ni locaciones específicas, donde una Municipalidad Distrital de la ciudad de Lima, publicó mediante un confuso Decreto de Alcaldía una norma que estableció que, en concordancia con el artículo de una Ordenanza Metropolitana:

"[...] Las licencias municipales de funcionamiento para actividades comerciales, administrativas o de servicios otorgadas sobre inmuebles con inscripción catastral de vivienda y/o comercio con carga en el uso y/o trasgresión de los parámetros urbanísticos y edificatorios inscritos en la Oficina Registral correspondiente, que se encuentra en zonificación residencial y calificadas en uso NO CONFORME (...), se encuentran CADUCAS" (El subrayado es nuestro).

Frente a esta norma, un administrado preocupado por sus derechos, consideró que la medida era discriminatoria y que constituía una barrera burocrática que afectaba su negocio,

¹ Ver Resoluciones No. 0195-2008/CEB-INDECOPI y No. 0105-2009/SCT-INDECOPI.

poniéndolo en riesgo de manera automática, sin siquiera haber sido escuchado por la municipalidad que la generó.² Por ello planteó una denuncia ante la autoridad pertinente, expresando que existía tal barrera.³

Recordemos que el artículo 2 de la Ley 28996 establece que constituyen barreras burocráticas los actos y disposiciones de las entidades de la Administración Pública que establecen exigencias, requisitos, prohibiciones y/o cobros para la realización de actividades económicas, que afectan los principios y normas de simplificación administrativa contenidos en la Ley 27444 y que limitan la competitividad empresarial en el mercado.

No toda barrera burocrática es ilegal y/o carente de razonabilidad "per se". Un ejemplo de una exigencia burocrática, legal y razonable es la tarea de obtener una Licencia de Funcionamiento para cada local comercial, industrial o de servicios.

De conformidad con la Resolución No. 182-97-TDC de la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI, nos encontraremos ante una barrera burocrática ilegal cuando la entidad pública va más allá de sus competencias administrativas o utiliza un mecanismo legal no idóneo, es decir, por ejemplo, en lugar de regular un tema reservado a una Ordenanza utiliza un Decreto de Alcaldía, y en particular, en el caso que nos ocupa, se toma atribuciones no previstas por ley y no respeta las instituciones jurídicas que garantizan procedimientos idóneos para los administrados. Así las cosas la actitud de la administración se convertirá en una barrera burocrática carente de razonabilidad cuando establece exigencias más allá del interés público, mediante mecanismos desproporcionados y/o utilizando la opción más onerosa. Es en estos

casos en que debe de recurrirse a la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del INDECOPI para eliminar la barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad.

El Decreto de Alcaldía bajo comentario nació, a nuestro juicio, como una mala técnica legislativa pues lo que había hecho la Ordenanza Metropolitana era señalar que la Municipalidad Distrital regularía "de conformidad a las normas legales vigentes, la caducidad o vigencia de las licencias municipales de funcionamiento en locales que se encuentren en zonificación residencial".

Bajo el parámetro anterior, lo que debió haber realizado la Municipalidad Distrital es dictar una norma de alcance general para tal efecto, es decir, debió haber sancionado una Ordenanza y no una norma reglamentaria como lo es un Decreto de Alcaldía, que a todas luces sobrepasó la naturaleza reglamentaria y de estricto apego a una Ordenanza matriz. Decimos esto porque, a nuestro juicio, el referido Decreto de Alcaldía excedió el ámbito regulatorio de la propia Ordenanza que lo gestó.

Pero más allá de analizar si el Decreto de Alcaldía como norma reglamentaria estaba dentro del ámbito de lo normado por una Ordenanza Metropolitana, que a su vez lo había impulsado, partiremos de la premisa para efectos de este análisis, y dado que no se cuestionó la eficacia del Decreto, presumiendo su correcta expedición, especialmente respecto de la función de las municipalidades como lo es normar, regular y otorgar las licencias de apertura de establecimientos comerciales, industriales y/o de servicios de conformidad con la zonificación; así como regular su funcionamiento, ello a tenor a lo señalado en el inciso 3.6.4 del artículo 79 de la Ley Orgánica de Municipalidades.⁴

2 Confrontar Sentencias del Tribunal Constitucional en el Expediente No. 1042-2002-AA-TC y No. 00007-2006-AI.

3 La autoridad es el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección a la Propiedad Intelectual (INDECOPI).

4 Ley 27972, publicada en el Diario Oficial El Peruano el día 27 de mayo de 2003.

De otro lado, como elemento concordante la Ley Marco de Licencia de Funcionamiento⁵ estableció, como su nombre lo dice, el marco jurídico de las disposiciones aplicables a los procedimientos para el otorgamiento de licencias de funcionamiento, siendo las municipalidades distritales y también las provinciales cuando les compete, las encargadas de evaluar los pedidos de licencias y otorgar las mismas, así como su fiscalización, razón por la cual es necesario que en nuestro análisis tengamos presente esta norma.

Vistas así las cosas, el mandato de caducidad contenido en el Decreto de Alcaldía parecía ser claro y firme; y al estar contenido en una norma emitida en cumplimiento de las funciones establecidas por ley, debía entonces ejecutarse.

Sin embargo, la Ley de Tributación Municipal⁶, estableció en su momento, porque después fue derogada en la parte pertinente, que la licencia de apertura de establecimiento tenía vigencia indeterminada. La Ley Marco de Licencia de Funcionamiento, vigente al momento de interposición de la denuncia, señaló también en su artículo 11 que las licencias de funcionamiento tienen vigencia indeterminada.

Por vigencia indeterminada se entiende que las licencias de funcionamiento por disposición normativa, en términos generales, no tienen

término o plazo final, y en consecuencia, lo dispuesto por el Decreto de Alcaldía sub-materia no solo resultaba contradictorio, sino que en principio calificaba como una clara condición que afectaba la permanencia en el giro de los negocios cuya caducidad (sic) se determinaba.

Analizando tal declaración de caducidad, se puede concluir que esta no era precisamente una expresión como tal, pues las municipalidades responden al principio de legalidad y en ese orden de ideas no están facultadas para ello, es decir, declarar la caducidad. En consecuencia, resultaba una manifestación de un gobierno local, que buscaba realmente revocar masivamente una serie de licencias a las que denominó caducas, pero que procedimentalmente no les dio el tratamiento que se le tiene que dar a una revocación del acto administrativo.⁷

Sin duda, la actitud de la Municipalidad Distrital estuvo basada en una incorrecta lectura tanto de la Ley de Tributación Municipal en su momento, como lo sería hoy en día el basamento en el artículo 14 de la Ley Marco de Licencia de Funcionamiento, que establecieron de manera similar que el cambio de zonificación no es oponible al titular de la licencia de funcionamiento dentro de los primeros cinco años de producido dicho cambio (interpretado en contrario, se entiende que sí es oponible pasado ese término, pero ello no significa caducidad). La misma

5 Ley 28976, publicado en el Diario Oficial El Peruano el día 05 de febrero de 2007.

6 Decreto Legislativo No. 776, modificado por la Ley 27180, y derogado en la parte pertinente a las licencias de funcionamiento por la Ley 28976.

7 Según Juan Carlos Merón Urbina, en su libro *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, las reglas comunes a todos los tipos de revocación se refieren a aspectos formales tales como:

1 Por lo que atañe al órgano que la acuerda es siempre la más alta autoridad de la entidad competente, con lo cual se refuerza la idea que este acto revocatorio agote la instancia directamente.

2 La revocación debe dictarse siguiendo las mismas formas y requisitos del acto revocado, salvo que una norma expresa establezca lo contrario. Es el principio del "paralelismo de las formas".

3 De lo anterior emerge que los actos complejos, solo pueden ser revocados mediante la actuación de órganos que contribuyeran a dictarlos.

4 La revocación se configure en un acto independiente, con individualidad propia, por lo cual, por sí misma debe reunir los elementos esenciales para su validez.

5 La revocación para producirse debe seguir un procedimiento previo contradictorio, en el cual el administrado pueda presentar sus alegatos, así como generar y controlar la prueba necesaria.

6 La revocación requiere acto expreso y motivación suficientemente explicativa de las razones que llevan a tomarla. (tomado textualmente de las páginas 439 y 440 de la obra citada).

norma expresa que si existiese un alto nivel de riesgo o afectación a la salud, se podrá notificar la adecuación al cambio de zonificación en un plazo menor.

Entonces la pregunta que surge es cómo explicar esta supuesta antinomia entre lo indeterminado respecto del plazo de las licencias de funcionamiento y la caducidad automática planteada, o el concepto sobre el que descansó el raciocinio de la municipalidad, referido a lo oponible al titular de una licencia, precisamente por un cambio de zonificación; y también cómo explicar una oponibilidad masiva llamándolas licencias caducas, por el solo paso del tiempo.

La respuesta es que se habría intentado no una caducidad (aunque así lo hayan llamado), sino una revocación, como una declaración unilateral general, es decir, no recepticia, de un "órgano en ejercicio de la función administrativa" por la cual se pretendió extinguir o modificar actos administrativos, por razones de oportunidad o de ilegitimidad.

De acuerdo con nuestro ordenamiento administrativo, los actos administrativos, en principio, no pueden ser revocados⁸, siendo que por excepción el artículo 203 de la Ley 27444 consagra la posibilidad de revocación en determinados supuestos.⁹

Ahora bien, la revocación, según la norma administrativa, se declara "por la más alta autoridad de la entidad competente", pero siempre que se le haya permitido a los posibles afectados de la revocación presentar sus alegatos y los puntos o argumentos a su favor, ello como una garantía o derecho al debido procedimiento, en especial al derecho de defensa¹⁰; además, se deberá haber evaluado el potencial daño o perjuicio económico, que de ser procedente, se deberá satisfacer en sede administrativa.

Con esto último se entiende la fórmula necesaria para que exista un punto de encuentro entre el interés económico particular, que puede haber invertido todo o parte de sus recursos disponibles en el desarrollo del negocio, con la lógica

- 8 Siguiendo con Morón Urbina, este señala:

"Tal como ha sido concebido la revocación en la Ley, resulta una facultad residual basada en norma expresa o un pacto previo al acto, mediante el cual se le priva de efectos no obstante ser un acto válido por razones de interés público" (Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, p. 439).

- 9 Artículo 203.- Revocación

203.1 Los actos administrativos declarativos o constitutivos de derechos o intereses legítimos no pueden ser revocados, modificados o sustituidos de oficio por razones de oportunidad, merito o conveniencia.

203.2 Excepcionalmente, cabe la revocación de actos administrativos, con efectos a futuro, en cualquiera de los siguientes casos:

203.2.1 Cuando la facultad revocatoria haya sido expresamente establecida por una norma con rango legal y siempre que se cumplan los requisitos previstos en dicha norma.

203.2.2 Cuando sobrevenga la desaparición de las condiciones exigidas legalmente para la emisión del acto administrativo cuya permanencia sea indispensable para la existencia de la relación jurídica creada.

203.2.3 Cuando apreciando elementos de juicio sobrevinientes se favorezca legalmente a los destinatarios del acto y siempre que no se genere perjuicios a terceros.

203.3 La revocación prevista en este numeral solo podrá ser declarada por la más alta autoridad de la entidad competente, previo oportunidad a los posibles afectados para presentar sus alegatos y evidencia en su favor".

- 10 Según señala Marcial Rubio Correa, en la página 315 de su libro *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, para este Tribunal el debido proceso puede definirse constitucionalmente de la siguiente manera: "El debido proceso está concebido como el cumplimiento de todas las garantías y normas de orden público que deben aplicarse a todos los casos y procedimientos existentes en el Derecho.

Para el Tribunal Constitucional el debido proceso, por consiguiente, incluye todas las normas constitucionales de forma y de fondo aplicables, así como las principales disposiciones de la legislación de jerarquía inferior que contribuyen a garantizar la aplicación de los derechos constitucionales. No es un concepto restrictivo sino extensivo.

El Tribunal considera que el debido proceso forma parte del derecho a la tutela jurisdiccional junto, cuando menos, al derecho de acceso a la justicia y al de la efectividad de las resoluciones judiciales".

expectativa que la vida de funcionamiento autorizada o habilitada para su local es indefinida; y el interés público genérico, que ante determinados supuestos y con la debida garantía, se le podrá oponer al particular para establecerse que este interés general prima sobre el particular, con la consiguiente indemnización.¹¹

Es así que en el numeral 49 de la Resolución No. 0105-2009/SC1-INDECOPI, citando a Morón Urbina, dice que:

"(...) la revocación no es más que la privación a un acto administrativo de sus efectos por razones de interés público, no obstante que se trata de un acto válido. Asimismo, teniendo presente que la actuación de la administración pública, incluidos los gobiernos locales, se rige por el principio de la legalidad, es decir, que solo podrán realizar aquellos actos para lo que han sido facultados, se debe concluir, tal como

se ha señalado también líneas atrás, que para poder dejar sin efecto una licencia de funcionamiento válidamente otorgada, todo gobierno local debe utilizar el procedimiento de revocación establecido por la Ley del Procedimiento Administrativo General y no una institución jurídica diferente".

En consecuencia, de acuerdo a lo antes expresado, concluimos que no existe una antinomia entre los plazos indefinidos de las licencias de funcionamiento y la oponibilidad por cambios en la zonificación, sino que lo que existe es una lógica económica particular indefinida en cuanto a los plazos para su ejercicio y una lógica general, que solo por excepción y con carácter residual, podrá afectar a la primera con la consiguiente indemnización, siguiendo estrictamente un procedimiento particular de revocación totalmente distinto al que estableció la Municipalidad Distrital mencionada en este artículo.

11 Artículo 205.- Indemnización por revocación

205.1 Cuando la revocación origine perjuicio económico al administrado, la resolución que la decida deberá contemplar lo conveniente para efectuar la indemnización correspondiente en sede administrativa.

205.2 Los actos incurso en causal para su revocación o nulidad de oficio, pero cuyos efectos hayan conducido o agotado, según materia de indemnización en sede judicial, dispuesta cuando quede firme administrativamente su revocación o anulación.