

**LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LOS SISTEMAS DE
INTERVENCIÓN EN EL COMERCIO INTERIOR
[ANÁLISIS Y PERSPECTIVAS DEL SISTEMA PERUANO A LA
LUZ DEL SISTEMA EUROPEO-ESPAÑOL]**

Por

Abg.^{do} DEIVYS JOEL PÉREZ CHUQUIHUANCA¹

Presentada en el²:

VI Congreso Nacional de Derecho Administrativo

2014

¹ Abogado por la Universidad Nacional de Piura. Discente de la Maestría en Derecho Administrativo de la Administración Pública de la Universidad de Valencia-España.

² Texto Corregido y Aumentado. Texto incluido en el Libro de ponencias. Protegido por Copyright.

INDICE

I.	INTRODUCCIÓN.....	4
II.	DE LAS BASES CONSTITUCIONALES DE AMBOS SISTEMAS.....	5
	2.1. UNA CURIOSA COMPARATIVA:.....	6
III.	EL SISTEMA DE INTERVENCIÓN ESPAÑOL: “EL CAMBIO DE PARADIGMA”	9
	3.1. Antecedentes:.....	10
IV.	PRINCIPIOS QUE RIGEN EL ACTUAL SISTEMA DE INTERVENCIÓN ESPAÑOL.....	17
	a) Principio de Simplificación de Cargas	18
	b) Principio de Proporcionalidad y Necesidad	22
	c) Principio de eficacia en todo el territorio.....	24
V.	EL SISTEMA DE INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN EL PERÚ	25
VI.	CRÍTICAS Y REFLEXIONES	28
VII.	CONCLUSIONES	32
VIII.	BIBLIOGRAFIA	35

**LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LOS SISTEMAS DE INTERVENCIÓN EN
EL COMERCIO INTERIOR
[ANÁLISIS Y PERSPECTIVAS DEL SISTEMA PERUANO A LA LUZ DEL
SISTEMA EUROPEO-ESPAÑOL]**

DEIVYS JOEL PÉREZ CHUQUIHUANCA

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN; 2. EL CAMBIO DE PARADIGMA DEL SISTEMA ESPAÑOL; 2.1. PRINCIPIOS QUE RIGEN EL ACTUAL SISTEMA DE INTERVENCIÓN ESPAÑOL; a) Principio de Simplificación de Cargas; b) Principio de Proporcionalidad y Necesidad; c) Principio de eficacia en todo el territorio 3. EL SISTEMA DE INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN EL PERÚ; 4. CRÍTICAS Y REFLECCIONES AL SISTEMA PERUANO; 5. CONCLUSIONES; 6. BIBLIOGRAFIA.

RESUMEN: Partiendo de la experiencia española sobre el cambio de sistema en su régimen de intervención administrativa sobre su comercio interior, a partir de las disposiciones de la Unión Europea que lo vinculan; en el presente trabajo analizamos el régimen actual del sistema peruano; encontrándonos con dos sistemas estructuralmente distintos, pero con algunos matices de semejanza; poniendo de relieve problemáticas prácticas sobre la eficiencia de la normativa peruana, y que a la luz del derecho español se esbozan propuestas de cambio.

ABSTRACT: Based on the experience of the Spanish system about the changes in its administrative regime of the Internal Trade, from the provisions of the European Union which are related to that regime, in this paper the current regime of Peruvian system is going to be analyzed, finding two structurally different systems but with some refinements of similarity each other, highlighting the problematic practices on the efficiency of Peruvian Laws which outlines proposals for changes with reference to Spanish Law.

I. INTRODUCCIÓN

La Administración Pública interviene necesariamente en la ordenación de toda actividad económica dentro de sus competencias atribuidas por razones de interés público, teniendo como principal objetivo satisfacer las necesidades de su comunidad, protegiendo su integridad³ y promoviendo el bienestar general⁴.

Dicha intervención pública se manifiesta respetando los principios que consolidan un Estado Democrático y Constitucional de Derecho, tales como el respeto la seguridad jurídica, el respeto por la libertad de la inversión privada⁵, a la libertad de empresa y comercio⁶ y la libre producción de bienes y servicios⁷.

El mercado interno podemos definirlo como el conjunto de actos de comercio interno de un país o una comunidad; por comercio interior entendemos a toda actividad económica llevada a cabo, por personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que actúen tanto por cuenta propia como ajena, consistente en poner a disposición de los consumidores y/o usuarios [comercio minorista] o de otros comerciantes [comercio mayorista] productos y/o servicios susceptibles de tráfico comercial⁸.

Siendo así, el Perú mantiene un sistema de intervención en base a un régimen de licencias de funcionamiento regulado con carácter general en su “Ley Marco de Licencia de Funcionamiento”, Ley N° 28976 promulgada el 04 de Febrero del 2007; constituyéndose como la norma que establece las pautas generales que deben atenderse en el procedimiento para el otorgamiento de licencias de funcionamiento a cargo de las Municipalidades distritales o provinciales según sea el caso.

³ Art. 65° Constitución Política del Perú.

⁴ Art. 44° Constitución Política del Perú.

⁵ Art. 58° Constitución Política del Perú.

⁶ Art. 59° Constitución Política del Perú.

⁷ Art. 63° Constitución Política del Perú.

⁸ Extraído de RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, Manuel en *“El Impacto de la ley de garantía de la unidad de mercado sobre la ordenación del comercio interior”*. Pág. 541. Obra por publicar.

VI Congreso Nacional de Derecho Administrativo
Asociación Peruana de Derecho Administrativo
Pontificia Universidad Católica del Perú

Contrario al sistema peruano; nos encontramos con el Sistema Europeo-Español⁹, que a partir del año 2006, inició una serie de cambios sustantivos en el régimen de intervención de la administración pública dentro del mercado interior, a partir de la dación de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo; el 12 de diciembre del 2006, relativa a los Servicios en el Mercado Interior, [*en adelante “Directiva de Servicios”*], generando de inmediato giros de 180° en la normativa española respecto de la materia de servicios consolidado como derecho fundamentales la libertad de establecimiento y la libertad de circulación en el mercado interno; y en consecuencia la implementación de disposiciones jurídicas¹⁰ que adapten las exigencias de la “Directiva de Servicios” a su sistema normativo nacional a favor del libre acceso de las actividades de servicio y su ejercicio.

No cabe la menor duda, que en ambos países el Perú y España se aplica sistemas normativos diferentes que integran regímenes opuestos; no obstante; para el presente trabajo nos interesa analizar brevemente sus características más relevantes, pretendiendo construir una idea general y a partir de ella proponer alternativas de cambio al régimen aplicable en el Perú haciéndolo mas eficaz.

II. DE LAS BASES CONSTITUCIONALES DE AMBOS SISTEMAS

Creemos que es imprescindible iniciar nuestra investigación, con un primer parámetro comparativo, las bases constitucionales que sustentan los sistemas que se han diseñado en ambos países y de los cuales se presenta una curiosa comparativa; tanto de forma como en el fondo.

⁹ Nos referimos “europeo-español”, ya que gracias a la creación de la Unión Europea, se haya generado que sus disposiciones contengan rigor vinculante en los países miembros de la Comunidad; pero debemos aclarar que las disposiciones estudiadas en el presente trabajo se enmarcan dentro de la normativa española.

¹⁰ Entre otras tenemos: Ley 17/2009 denominada “Ley Paraguas”; Ley 25/2009 “Ley ómnibus”, Ley 20/2013 “Ley de Garantía de Unidad de Mercado”.

2.1. UNA CURIOSA COMPARATIVA:

España por su parte, como miembro de la Comunidad internacional más grande y mejor estructurada del mundo, se encuentra vinculada necesariamente a la Unión Europea, y bajo los cuales se tiene como fundamento del régimen de intervención europeo las siguientes disposiciones:

✓ Tratado de Funcionamiento de la U.E

- Artículo 26 (antiguo artículo 14 TCE) «Unidad de Mercado.
“1. La Unión adoptará las medidas destinadas a establecer el mercado interior o a garantizar su funcionamiento, de conformidad con las disposiciones pertinentes de los Tratados.
2. El mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de los Tratados.
3. El Consejo, a propuesta de la Comisión, definirá las orientaciones y condiciones necesarias para asegurar un progreso equilibrado en el conjunto de los sectores considerados.”
- Artículo 49 (antiguo artículo 43 TCE) «Libertad de Establecimiento».
“En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro.
La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de

VI Congreso Nacional de Derecho Administrativo
Asociación Peruana de Derecho Administrativo
Pontificia Universidad Católica del Perú

sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 54, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales.

- Artículo 56 (antiguo artículo 49 TCE) «Libertad de circulación»

“En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Unión para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el del destinatario de la prestación.

El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, podrán extender el beneficio de las disposiciones del presente capítulo a los prestadores de servicios que sean nacionales de un tercer Estado y se hallen establecidos dentro de la Unión.”

✓ **Constitución Española**

- Artículo 38 « Libertad de Empresa y Economía de Mercado»

“Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía demercado”.

- Artículo 139.2 «Libertad de establecimiento y Circulación personas y bienes»

“Ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español”

Y por una curiosidad no tan sorprendente; por su lado, la normativa constitucional peruana contiene las mismas disposiciones:

✓ **Constitución Peruana**

- Artículo 58°.- « Libertad de Mercado»

La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado.

VI Congreso Nacional de Derecho Administrativo
Asociación Peruana de Derecho Administrativo
Pontificia Universidad Católica del Perú

Artículo 59°.- «Libertad de Empresa»

El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria.

✓ Artículo 63°.- «Libertad de Producción bienes y servicios»

La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres.

Hemos mencionado anteriormente que es una curiosidad no tan sorprendente, pues resulta difícil que en la construcción constitucional de un país que se declara abiertamente democrático y constitucional de derecho, no se reflejen las mencionadas libertades y que por su parte el derecho de la Unión europea los ha considerado libertades fundamentales propias del ejercicio directo del contenido esencial de un derecho fundamental.

Lo que si que resulta mucho mas curioso, y es lo que primero nos llama la atención, es el hecho de que en ambos países teniendo una construcción constitucional muy idéntica, tengan sistemas distintas; razones que la puedan justificar hay para todos los gustos entre ellos podemos contar con cuestiones económicas, cuestiones sociales, y hasta políticas propias de un gobierno de paso por el poder ejecutivo; empero, nuestra posición es respaldar el criterio visiblemente más coherente del legislador español; pues es n tanto contradictorio, declarar en tu constitución un derecho que no se te materializa concretamente; no puedes declarar la Libertad de empresa, cuando conscientemente eres creador de sus propios obstáculos en su ejercicio, limitando de manera irracional y desproporcional su libre establecimiento y ejercicio. El legislador cae un una “construcción legislativa hipócrita” tira y no afloja a favor del verdadero ejercicio de los derechos de sus ciudadanos.

Pero siendo el caso, de igual forma no puede haber un *libertinaje* total, toda permisividad acentuada en puntos extremos te llevaría a una situación caótica, quizás irremediabilmente reversible en tiempos cortos, pues cuando hablamos de sectores que contienen un

porcentaje importante como lo es la pequeña y mediana empresa PYMES [el mayor de manera estadística] de tu crecimiento económico, no sólo te estás jugando como gobierno las riendas de un sector específico, sino que te juegas el bienestar económico de tu población en conjunto.

Por lo tanto la regulación e intervención sí que es necesaria, sí que es debe tomarse en cuenta; pero ¿cuales son los límites apropiados de dicha intervención, que debe contener para que no sea perjudicial para el sistema, y en ese sentido para que sea realmente eficaz? Pues, esto es justamente lo que el legislador europeo en principio se planteó y que ha tratado de resolver, y que a su vez, el legislador español ha tratado de equiparar y acoplar dentro de su normativa interna.

III. EL SISTEMA DE INTERVENCIÓN ESPAÑOL: “EL CAMBIO DE PARADIGMA”

Para poder analizar el sistema Español, se hace necesaria tener en cuenta desde un inicio las disposiciones supranacionales «Comunitarias» que lo vinculan necesariamente. Así tenemos, la “Directiva de Servicios” del Parlamento Europeo, estipula que su objeto es establecer las disposiciones generales para facilitar el ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y la libre circulación de los mismos, sin disminuir el elevado nivel de calidad de estos¹¹; y para ello se planteó una serie de importantes reformas a aplicarse en los países miembros; así tenemos por ejemplo la “Simplificación Administrativa” relativa a la simplificación de procedimientos administrativos, la imposición de adoptar una “Ventanilla única” para efectuar los procedimientos administrativos; la necesidad de implantar mecanismo de administración electrónica; entre otros detalles específicos que analizaremos más adelante.

¹¹ Art. 1, apartado 1. De la “Directiva de Servicios”

3.1. Antecedentes:

- ✓ **Directiva de Servicios: Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo; el 12 de diciembre del 2006, relativa a los Servicios en el Mercado Interior.**

De todas formas, la famosa “Directiva de Servicios” introdujo a España el cambio de paradigma en su sistema de intervención interno, y aunque en la referida directiva, aún se mantiene una sección referida al «régimen de autorización», ésta viene condicionada a partir de:

[1. Los Estados miembros sólo podrán supeditar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio a un régimen de autorización cuando se reúnan las siguientes condiciones¹²:
[...]

b) La necesidad de un régimen de autorización está justificada por una *razón imperiosa de interés general*;

c) El objeto perseguido no se puede conseguir mediante una medida menos restrictiva, en concreto porque un control *a posteriori* se produciría demasiado tarde para ser eficaz.-
negrita y cursiva nuestra-

Esas dos «condiciones» marcan el cambio de paradigma del sistema español que comentamos, pues parten de un sistema de control “*ex ante*” con el régimen de autorizaciones y licencias donde controlaban el cumplimiento de ciertos requisitos para otorgarlas antes de la puesta en ejercicio de la actividad económica, y se trasladan a un sistema de control “*ex post*” donde su mayor y única preocupación sería la fiscalización posterior del cumplimiento de dichos requisitos.

De todas formas creemos que la “Directiva de servicios” mantiene un radio de acción general, común y vinculante a los estados miembros¹³ de la Unión Europea, y que su aplicación relativa a los servicios en el mercado interior se refiere al «*mercado interior*» de la Comunidad Europea,

¹² Art. 9 apartado 1 y 2. De la “Directiva de Servicios”

¹³ Apreciar el considerando 1 y 2 de la “Directiva de servicios”.

VI Congreso Nacional de Derecho Administrativo
Asociación Peruana de Derecho Administrativo
Pontificia Universidad Católica del Perú

fomentando su crecimiento económico a través de la eliminación de sus fronteras terrestres, fomentando el crecimiento de los operadores económicos trasfronterizos; y que por matices de aplicación directa, los estados han tenido que adaptarse, generando cambios visibles y dramáticos en los ordenamientos internos de cada país miembro, tal como es el caso español.

Es la Constitución Española en sí misma la que reconoce en la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado¹⁴, y la libertad de circulación de bienes y mercancías en el territorio¹⁵; encomendando a los poderes públicos velar por la garantía y protección de su ejercicio, materializándose en la libertad de establecimiento como también en la libertad de circulación y el ejercicio de los servicios; a partir de ello, el legislador español con óptimo criterio según nuestro parecer, ha atinado a adoptar medidas que modifiquen su sistema normativo interno respecto a la adopción de un régimen de autorizaciones, teniendo muy por cuenta la utilización de la justificante de una *“razón imperiosa de interés general”*; lo que quiere decir, que toda actividad económica en la que la administración suponga imponer un régimen de autorización deba de estar absolutamente adecuada a una *“razón imperiosa de interés general”*.

Podemos definir algunas características y cuestiones de implementación específica respecto de la “Directiva de Servicios”:

- ✓ Radio de acción común y vinculante.
- ✓ Disposición de carácter general.
- ✓ Garantizar el efectivo ejercicio de las Libertades de «libre establecimiento», y «libre circulación» de los prestadores de servicios [Libertades Fundamentales].

¹⁴ Art. 38 de la Constitución Española.

¹⁵ Art. 139.2 de la Constitución Española.

VI Congreso Nacional de Derecho Administrativo
Asociación Peruana de Derecho Administrativo
Pontificia Universidad Católica del Perú

- ✓ Eliminando los obstáculos: Exceso de trámites administrativos; duplicidad en procedimientos y competencias, inseguridad jurídica, falta de confianza legítima entre los estados.
- ✓ Fomentar el crecimiento económico de la U.E, favoreciendo mayormente a las pequeñas y medianas empresa [PYMES].
- ✓ Régimen de las técnicas o instrumentos de intervención como autorizaciones y licencias «control previo» deberán ser la excepción.

Condiciones:

1. El régimen de autorización no debe ser discriminatorio.
 2. Justificada por una «razón imperiosa de interés general».
 3. Imposibilidad de «control a posteriori» mediante una medida menos restrictiva.
- ✓ Implementar mecanismos como:
 1. Simplificación de cargas administrativas [procedimientos y requisitos]
 2. Ventanilla Única
 3. Medios electrónicos
 4. Cooperación mutua.
 - ✓ Silencio Administrativo positivo.

La “Directiva de servicios” busca generar la igualdad de trato de entre los operadores económicos de toda la unión, buscando eliminar barreras como la nacionalidad del operador, con el objetivo de aperturar el mercado eliminando las barreras dentro de su mercado interno de la unión.

Este trabajo de eliminar barreras tiene como uno de sus ejes conductores la simplificación de cargas, RODRIGUEZ PORTUGUÉZ¹⁶,

¹⁶ RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, Manuel. En “El impacto de la ley de garantía de unidad de mercado sobre la ordenación del comercio interior”.

entiende que “el núcleo duro de las exigencias contenidas en la Directiva de Servicios, se basan en requisitos formales y de procedimiento”; con lo que se han querido palear con la simplificación [eliminación] sobre dichos elementos.

Gran parte de la doctrina mayormente aceptada adoptó posiciones no tan favorables a la nueva implementación del silencio negativo positivo en el régimen de autorizaciones, así las críticas rescatadas por LOZANO CUTANDA, podemos adherirnos a su postura donde señala que “el silencio administrativo positivo es incongruente con el sistema mismo, en el sentido de que no cumpliría las razones por las que se ha establecido”, así mismo BAÑO LEÓN¹⁷, “La ineficacia de la administración no justifica en modo alguno la permisibilidad tácita en los actos de la administración, no por algo se exige una actuación material de la administración, asumiendo que el Interés Público que reclama la prohibición no se satisface con el simple transcurso del tiempo”

En ese sentido; tenemos normas que han consolidado el nuevo sistema que España ha puesto en marcha, implantando principios e instrumentos incorporados en las leyes de adaptación como la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, conocida como “*Ley Paraguas*”; Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, conocida como “*Ley ómnibus*”; y la Ley 20/2013, del 09 de Diciembre, de Garantía de Unidad de Mercado; dichos principios e instrumentos serán analizados a continuación.

- ✓ **Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, conocida como “*Ley Paraguas*”.**

Resulta ser la primera normativa de transposición de la Directiva de Servicios al derecho interno español, así lo establece así misma en su

¹⁷ BAÑO LEÓN, José María, En “El silencio administrativo: notas sobre una regulación anacrónica”.

VI Congreso Nacional de Derecho Administrativo
Asociación Peruana de Derecho Administrativo
Pontificia Universidad Católica del Perú

preámbulo. Las críticas que se le hacen es que resultar ser una copia idéntica de la “directiva de servicios”, reescribiendo las mismas disposiciones, tal cual; pero sí que hace algunas precisiones concretas las mismas que podemos resumir en:

- ✓ Carácter Básico de la ley.
- ✓ Ley que incorpora las disposiciones contenidas en la «directiva de Servicios»-Libertad de establecimiento y prestación.
- ✓ Incorpora los instrumentos de «comunicación previa» y «declaración responsable» como la regla general.
- ✓ El régimen de autorizaciones encuentra sus límites de la «razón imperiosa de interés general».

Se suma además a la crítica la limitación de “números clausus” sobre las razones imperiosas de interés general, asumiendo que la “directiva de servicios” no lo establece, sino que además invoca la interpretación en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo sobre la misma, en ese sentido, se critica que la “ley paraguas” va más allá de lo realmente contenido en la directiva anteriormente citada.

- ✓ **LEY 25/2009, MODIFICACIÓN DE DIVERSAS LEYES PARA SU ADAPTACIÓN A LA LEY SOBRE EL LIBRE ACCESO A LAS ACTIVIDADES DE SERVICIOS Y SU EJERCICIO. «Ley Ómnibus»**

La Ley ómnibus es una normativa algo peculiar, pues recoge de todo un poco, es aquella que modifica diferentes disposiciones que de alguna y otra manera inciden directamente sobre la aplicación de la directiva; de esta forma, alisa el panorama para un efectivo cumplimiento de la imposición europea, así entre sus disposiciones con mayor interés en el presente trabajo tenemos:

Modificaciones sobre procedimiento administrativo.

VI Congreso Nacional de Derecho Administrativo
Asociación Peruana de Derecho Administrativo
Pontificia Universidad Católica del Perú

- Ley 30/1992:

- ✓ Principios de intervención [Art. 39° bis]

Artículo 39 bis. Principios de intervención de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad.

1. Las Administraciones Públicas que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias.

- ✓ Silencio Administrativo Positivo [Art. 43°]

Artículo 43. Silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud de interesado.

1. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 3 de este artículo, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley por razones imperiosas de interés general o una norma de Derecho comunitario establezcan lo contrario.

- ✓ Comunicación Previa y Comunicación responsable. [Art. 71 bis]

Artículo 71 bis. Declaración responsable y comunicación previa.

1. A los efectos de esta Ley, se entenderá por declaración responsable el documento suscrito por un interesado en el que manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para acceder al reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo

VI Congreso Nacional de Derecho Administrativo
Asociación Peruana de Derecho Administrativo
Pontificia Universidad Católica del Perú

acredita y que se compromete a mantener su cumplimiento durante el periodo de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio.

Los requisitos a los que se refiere el párrafo anterior deberán estar recogidos de manera expresa, clara y precisa en la correspondiente declaración responsable.

2. A los efectos de esta Ley, se entenderá por comunicación previa aquel documento mediante el que los interesados ponen en conocimiento de la Administración Pública competente sus datos identificativos y demás requisitos exigibles para el ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 70.1.

- Ley 7/1985:

- ✓ Procedimiento por ventanilla única[Art. 70 bis. 4]

4. Cuando se trate de procedimientos y trámites relativos a una actividad de servicios y a su ejercicio incluida en el ámbito de aplicación de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, los prestadores podrán realizarlos, por medio de una ventanilla única, por vía electrónica y a distancia, salvo que se trate de la inspección del lugar o del equipo que se utiliza en la prestación del servicio.

Asimismo, las Entidades locales garantizarán, dentro del ámbito de sus competencias, que los prestadores de servicios puedan a través de la ventanilla única obtener la información y formularios necesarios para el acceso a una actividad y su ejercicio, y conocer las resoluciones y resto de comunicaciones de las autoridades competentes en relación con sus solicitudes. Las Entidades Locales impulsarán la coordinación para la normalización de los formularios necesarios para el acceso a una actividad y su ejercicio.

- ✓ Medios electrónicos a distancia.

- ✓ Intervención de la actividad «medios» [Art. 84°]

1. Las Entidades locales podrán intervenir la actividad de los ciudadanos a través de los siguientes medios: [...]

a) Ordenanzas y bandos.

VI Congreso Nacional de Derecho Administrativo
Asociación Peruana de Derecho Administrativo
Pontificia Universidad Católica del Perú

b) Sometimiento a previa licencia y otros actos de control preventivo. No obstante, cuando se trate del acceso y ejercicio de actividades de servicios incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, se estará a lo dispuesto en la misma.

c) Sometimiento a comunicación previa o a declaración responsable, de conformidad con lo establecido en el artículo 71 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

d) Sometimiento a control posterior al inicio de la actividad, a efectos de verificar el cumplimiento de la normativa reguladora de la misma.

Algunas de las precisiones que debemos tener en cuenta sobre este aspecto, es en el sentido de que nos queda la certeza por medio de la interpretación sistemática de los artículos 70 bis y ss. de la Ley 30/1992, que las comunicaciones previas y las declaraciones responsables incorporadas a la misma, deben contener documentación necesaria que acrediten el cumplimiento declarado por el operador económico; además de considerar las consecuencias de falsedad en ambos instrumentos, por lo que el operador será responsable en las vías pertinentes.

✓ **Ley 20/2013, del 09 de Diciembre, de Garantía de
Unidad de Mercado.**

En la presente disposición se pretende de alguna manera establecer conexiones importantes entre las normas mencionadas anteriormente y a la vez implementar su aplicación a sectores específicos, de esta forma de manera muy sucinta, a continuación tratamos de describir dichas conexiones al relacionar los principios por lo que se destaca el sistema español.

**IV. PRINCIPIOS QUE RIGEN EL ACTUAL SISTEMA DE
INTERVENCIÓN ESPAÑOL**

Todos aquellos principios recogidos desde la “Directiva de Servicios” y posteriormente en las normas de adaptación a la normativa española, mantienen una constante relación entre sí, construyendo el nuevo sistema

de libre acceso a las prestaciones de servicios, entre muchos otros¹⁸ que contiene la LGUM, analizaremos en concreto los siguientes, priorizando su sentido de conexión entre los mismo; así tenemos:

a) Principio de Simplificación de Cargas

A decir de la profesora María José Alonso Mas¹⁹ este principio tiene como antecedentes a la Directiva de Servicios en su artículo quinto: “Los Estados miembros verificarán los procedimientos y trámites aplicables al acceso a una actividad de servicios y a su ejercicio. *Cuando los procedimientos y formalidades no sean suficientemente simples, los Estados miembros lo simplificarán*”; y a la Ley 17/2009, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, donde el núcleo duro de las exigencias contenidas por ésta se basan en los requisitos formales de procedimiento tal como las justificante de una “*razón imperiosa de interés general*” al someter el régimen de autorizaciones.

La Ley 17/2009 [*en adelante ley paraguas*], hace mención en su preámbulo I, la necesidad de incorporar al ordenamiento jurídico español la “Directiva de Servicios”; reconociendo que el “fin es impulsar la mejora de la regulación del sector servicios, reduciendo las trabajas injustificadas o desproporcionadas al ejercicio de una actividad de servicios y proporcionando un entorno más favorable y transparente a los agentes económicos que incentive la creación de empresas y genere ganancias en eficiencia, productividad y empleo en las actividades de servicios, además del incremento de la variedad y calidad de los servicios disponibles para empresas y ciudadanos”. Además expresa, que la “*Ley establece como*

¹⁸ Específicamente la Ley contiene los siguientes principios:

- ✓ Principio de no Discriminación.
- ✓ Principio de Cooperación y Confianza mutua.
- ✓ Principio de Necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes.
- ✓ Principio de Eficacia en todo el territorio nacional.
- ✓ Principio de Simplificación de Cargas.
- ✓ Principio de Transparencia
- ✓ Garantía de las Libertades de los operadores económicos.

¹⁹ ALONSO MAS, María José. En “Principio de simplificación de Cargas”. En el Libro Colectivo “El Nuevo Marco Jurídico De La Unidad De Mercado”, La Ley, 2014

VI Congreso Nacional de Derecho Administrativo
Asociación Peruana de Derecho Administrativo
Pontificia Universidad Católica del Perú

régimen general el de la libertad de acceso a las actividades de servicios y su libre ejercicio en todo el territorio español y regula como excepciones los supuestos que permite imponer restricciones a estas actividades”.

El principio de simplificación de cargas, no solamente está referido a la eliminación de requisitos formales documentales; sino que va más allá, refiriéndose a favor de la aplicación de nuevos mecanismos que produzcan dos fines en sí mismos: reducir la carga de la administración y favorecer el acceso al derecho del administrado. En ese sentido; tenemos como nuevas creaciones, la “Ventanilla única” establecido en el artículo sexto de la “Directiva de Servicios” que exige a los Estado miembros la creación de ventanillas únicas que permitan a los prestadores de servicios dirigirse y realizar a través de aquella todos los trámites y procedimientos precisos para el acceso a la actividad o para su ejercicio e incluso de acceder de manera electrónica.

Así tenemos, otros mecanismos adoptados por la legislación española en la Ley 20/2013, Ley de Garantía de unidad de mercado [*en adelante LGUM*], sobre simplificación²⁰ de cargas en establecer la necesidad de que las intervenciones de las autoridades en el procedimiento no generen mayores cargas administrativas al administrado; entiéndase a menos autoridades que intervengan mejor; si existen varias estas deben asegurar que no se generen duplicidades en la gestión o un exceso de regulación.

El mayor cambio significativo en el sistema, se genera a partir del traslado del régimen de autorizaciones en las entidades locales, por el de los instrumentos de las “declaraciones responsables” y las “comunicaciones previas” salvo por “razones imperiosas de interés general” como ya lo hemos anunciado en la “directiva de Servicios”, y que la “Ley Paraguas”²¹ vino a implementar y además contemplar que esas razones imperiosas de interés general deben estar limitadas a las de: “Orden público, seguridad pública, protección civil, salud pública, salud de los consumidores, protección del

²⁰ Art. 7° de la LGUM.

²¹ Art. 3.11 de la Ley Paraguas.

VI Congreso Nacional de Derecho Administrativo
Asociación Peruana de Derecho Administrativo
Pontificia Universidad Católica del Perú

medio ambiente y entorno urbano, conservación del patrimonio histórico y artístico nacional”, entre otros. Pero que con posterior normativa, se fue acortando dicho *numerus clausus*; la Ley 25/2009 [en adelante *Ley ómnibus*] modificó el art. 84° y 84 bis de la Ley Reguladora de Bases del Régimen Local [en adelante *LRBRL*]:

Artículo 84:

1. Las Entidades locales podrán intervenir la actividad de los ciudadanos a través de los siguientes medios:

a) Ordenanzas y bandos.

b) Sometimiento a previa licencia y otros actos de control preventivo. *No obstante, cuando se trate del acceso y ejercicio de actividades de servicios incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, se estará a lo dispuesto en la misma.*

c) *Sometimiento a comunicación previa o a declaración responsable, de conformidad con lo establecido en el artículo 71 bis de la Ley 30/1992²², de 26 de noviembre, de Régimen*

²² Artículo 71 bis. Declaración responsable y comunicación previa.

1. A los efectos de esta Ley, se entenderá por declaración *responsable el documento suscrito por un interesado en el que manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para acceder al reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio*, que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantener su cumplimiento durante el periodo de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio.

Los requisitos a los que se refiere el párrafo anterior deberán estar recogidos de manera expresa, clara y precisa en la correspondiente declaración responsable.

2. A los efectos de esta Ley, se entenderá *por comunicación previa aquel documento mediante el que los interesados ponen en conocimiento de la Administración Pública competente sus datos identificativos y demás requisitos exigibles para el ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad*, de acuerdo con lo establecido en el artículo 70.1.

3. Las declaraciones responsables y las comunicaciones previas producirán los efectos que se determinen en cada caso por la legislación correspondiente y permitirán, con carácter general, el reconocimiento o ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad, desde el día de su presentación, sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las Administraciones Públicas.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la comunicación podrá presentarse dentro de un plazo posterior al inicio de la actividad cuando la legislación correspondiente lo prevea expresamente.

4. La inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, en cualquier dato, manifestación o documento que se acompañe o incorpore a una declaración responsable o a una comunicación previa, o la no presentación ante la Administración competente de la declaración responsable o comunicación previa, *determinará la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad afectada desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar.*

VI Congreso Nacional de Derecho Administrativo
Asociación Peruana de Derecho Administrativo
Pontificia Universidad Católica del Perú

Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

d) Sometimiento a control posterior al inicio de la actividad, a efectos de verificar el cumplimiento de la normativa reguladora de la misma. [...] *-Cursiva nuestra-*.

Artículo 84 bis.

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, con carácter general, el ejercicio de actividades no se someterá a la obtención de licencia u otro medio de control preventivo.

No obstante, podrá exigirse una licencia u otro medio de control preventivo respecto a aquellas actividades económicas:

a) Cuando esté justificado por *razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se realiza la actividad, y estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación.* *-cursiva nuestra-*²³

Asimismo, la resolución de la Administración Pública que declare tales circunstancias podrá determinar la obligación del interesado de restituir la situación jurídica al momento previo al reconocimiento o al ejercicio del derecho o al inicio de la actividad correspondiente, así como la imposibilidad de instar un nuevo procedimiento con el mismo objeto durante un periodo de tiempo determinado, todo ello conforme a los términos establecidos en las normas sectoriales de aplicación.

5. Las Administraciones Públicas tendrán permanentemente publicados y actualizados modelos de declaración responsable y de comunicación previa, los cuales se facilitarán de forma clara e inequívoca y que, en todo caso, se podrán presentar a distancia y por vía electrónica.

²³ Artículo 84 bis. [texto completo]

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, con carácter general, el ejercicio de actividades no se someterá a la obtención de licencia u otro medio de control preventivo. No obstante, podrá exigirse una licencia u otro medio de control preventivo respecto a aquellas actividades económicas:

a) Cuando esté justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se realiza la actividad, y estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación.

b) Cuando por la escasez de recursos naturales, la utilización de dominio público, la existencia de inequívocos impedimentos técnicos o en función de la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas, el número de operadores económicos del mercado sea limitado.

2. Las instalaciones o infraestructuras físicas para el ejercicio de actividades económicas solo se someterán a un régimen de autorización cuando lo establezca una Ley que defina sus requisitos esenciales y las mismas sean susceptibles de generar daños sobre el medioambiente y el entorno urbano, la seguridad o la salud públicas y el patrimonio histórico y resulte proporcionado. La evaluación de este riesgo se determinará en función de las características de las instalaciones, entre las que estarán las siguientes:

a) La potencia eléctrica o energética de la instalación.

b) La capacidad o aforo de la instalación.

c) La contaminación acústica.

d) La composición de las aguas residuales que emita la instalación y su capacidad de depuración.

e) La existencia de materiales inflamables o contaminantes.

Es en ese sentido, se debe dejar por sentada la regla general²⁴ por la que sitúa el nuevo régimen, el libre acceso a la actividad comercial, salvo que persistan razones imperiosas de interés general que no puedan ser satisfechas por medidas menos gravosas como son la declaración responsable y las comunicaciones previas, recién se tomarán en cuenta el régimen de autorización por excepción, y que deberá estar plasmado bajo los matices de los principios de necesidad y proporcionalidad establecidos en la LGUM²⁵.

b) Principio de Proporcionalidad y Necesidad

A criterio de la Dra. María José Alonso Mas²⁶ *“El principio de simplificación de cargas, por otra parte se relaciona estrechamente con otros dos: Principio de Proporcionalidad y eficacia en el territorio nacional.”* El criterio que adopta la autora citada es que el principio de simplificación de cargas no es otra cosa que la manifestación del principio de proporcionalidad en sí mismo; asumiendo que el ejemplo más notorio es el art. 17-4 de la LGUM, al establecer: *“Las autoridades competentes velarán por minimizar las cargas administrativas soportadas por los operadores económicos, de manera que una vez aplicado el principio de necesidad y proporcionalidad de acuerdo con los apartados anteriores, elegirán un único medio de intervención, bien sea la presentación de una comunicación, de una*

f) Las instalaciones que afecten a bienes declarados integrantes del patrimonio histórico.

3. En caso de existencia de licencias o autorizaciones concurrentes entre una Entidad Local y otra Administración, la Entidad Local deberá motivar expresamente en la justificación de la necesidad de la autorización o licencia el interés general concreto que se pretende proteger y que éste no se encuentra ya cubierto mediante otra autorización ya existente.

²⁴ Art. 6 de la Ley Ordenación del Comercio Minorista [LCOM] Instalación de establecimientos comerciales:

1. Con carácter general, la instalación de establecimientos comerciales no estará sujeta a régimen de autorización comercial.

No obstante lo anterior, la instalación de establecimientos comerciales podrá quedar sometida a una autorización que se concederá por tiempo indefinido cuando, una vez aplicados el juicio de proporcionalidad, según lo establecido en el artículo 5.c) de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y el principio de no discriminación, de manera clara e inequívoca concurren razones imperiosas de interés general relacionadas con la distribución comercial, de acuerdo con lo que se establece en el siguiente apartado y así se motive suficientemente en la ley que establezca dicho régimen.

²⁵ Art. 17. LGUM

²⁶ Ob. Cit. Pág.6

declaración responsable o la solicitud de una autorización.” Por lo que a su criterio esta disposición prohíbe la exigencia de un doble título de intervención de la administración, es decir prohíbe las duplicidades.

La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [*en adelante TJUE*] ha convenido en la utilización de estos principios para alentar la libertad de las actividades económicas, y enervando a su utilización cuando concurren exigencias o razones imperiosas de interés general, para la utilización de un régimen de autorizaciones dentro de los países miembros, siempre que dichas actuaciones o restricciones sean proporcionales y no discriminatorias, además que no mantengan contenido económico. A criterio del Dr. José Pernas García²⁷, “El Tribunal verifica en primer lugar la existencia de una restricción de las libertades comunitarias en materia económica. En segundo lugar, comprueba la concurrencia de una excepción-«exigencia imperativa» o «razón imperiosa de interés general»- a las libertades económicas, justificativa de dicha restricción. En último lugar, al aplicar el principio de proporcionalidad para determinar si la medida respeta las exigencias del Derecho Comunitario, que implica la superación de los criterios de «idoneidad», de «necesidad»...”. Continúa el autor, “el principio de proporcionalidad exige que la medida sea «adecuada para garantizar la realización del objetivo que pretende lograr» y que no vaya «más allá de lo necesario para alcanzarlo».

A nuestro modesto criterio, hemos notado que en las disposiciones que mantienen un régimen de autorizaciones, se utiliza claramente este criterio, pues claro los umbrales que se han fijado, en base a la Ley Ordenación del Comercio Minorista²⁸ [*en adelante LCOM*], ampliándolos al máximo

²⁷ Extraído de PERNAS GARCÍA, J. José. “El «Principio de Necesidad y de Proporcionalidad» en la Ley de Garantía de unidad de Mercado. Pág. 24-279. Obra por Publicar.

²⁸ Art. 6. De la LCOM

2. Los requisitos que se establezcan para la instalación de establecimientos comerciales atenderán conjuntamente a criterios basados en razones imperiosas de interés general relacionadas con la distribución comercial, como la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la ordenación del territorio y la conservación del patrimonio histórico y artístico.

En todo caso los requisitos, y en su caso los criterios de concesión de la autorización, deberán ser proporcionados, no discriminatorios, claros e inequívocos, objetivos, hechos públicos con antelación, predecibles, transparentes y accesibles.

conjuntamente con la LGUM²⁹ disponiendo como margen de 750 m² tratando que el rango de acción sea el mayor, y además teniendo en cuenta las normas de urbanismo y edificación de obras³⁰; concentrando o abarcando a la gran mayoría de establecimientos que generan actividades de la mediana y pequeña empresa alentando su libre establecimiento e inversión.

c) Principio de eficacia en todo el territorio

A nuestro criterio este principio es un claro ejemplo de la política de la administración de facilitar el libre acceso a la actividad y su ejercicio de los operadores económicos; y mantiene una relación directa con la simplificación de cargas, pues permite al operador económico que se ha establecido en un determinado territorio instalarse en otro, haciendo respetar los requisitos sobre todo documentales que ya ha podido satisfacer en el territorio de origen, y por el cual no se prohíbe la exigencia de volver a realizar el mismo procedimiento, o cumplir determinados requisitos.

Así, la LGUM establece:

“Libre iniciativa económica en todo el territorio nacional.”³¹

1. Desde el momento en que un operador económico esté legalmente establecido en un lugar del territorio español podrá ejercer su actividad económica en todo el territorio, mediante establecimiento físico o sin él, siempre que cumpla los requisitos de acceso a la actividad del lugar de origen, incluso cuando la actividad económica no esté sometida a

²⁹ Disposición Final tercera. LGUM

Disposición final tercera. Modificación de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios.

Uno. Se modifica el apartado 1 del artículo 2, que queda redactado como sigue:

«Artículo 2. Ámbito de aplicación.

1. Las disposiciones contenidas en el Título I de esta Ley se aplicarán a las actividades comerciales minoristas y a la prestación de determinados servicios previstos en el anexo de esta Ley, realizados a través de establecimientos permanentes, situados en cualquier parte del territorio nacional, y cuya superficie útil de exposición y venta al público no sea superior a 750 metros cuadrados.»

³⁰ Ley 38/1999, del 05 de noviembre, de Ordenación de la Edificación.

³¹ Art. 19 de la LGUM.

**VI Congreso Nacional de Derecho Administrativo
Asociación Peruana de Derecho Administrativo
Pontificia Universidad Católica del Perú**

requisitos en dicho lugar.”; así mismo, “Eficacia en todo el territorio nacional de las actuaciones administrativas:³²

1. Tendrán plena eficacia en todo el territorio nacional, sin necesidad de que el operador económico realice ningún trámite adicional o cumpla nuevos requisitos, todos los medios de intervención de las autoridades competentes que permitan el acceso a una actividad económica o su ejercicio, o acrediten el cumplimiento de ciertas calidades, cualificaciones o circunstancias. En particular, tendrán plena eficacia en todo el territorio nacional sin que pueda exigirse al operador económico el cumplimiento de nuevos requisitos u otros trámites adicionales:

a) Las autorizaciones, licencias, habilitaciones y cualificaciones profesionales obtenidas de una autoridad competente para el acceso o el ejercicio de una actividad, para la producción o la puesta en el mercado de un bien, producto o servicio.

b) Las declaraciones responsables y comunicaciones presentadas ante una autoridad competente para el acceso o el ejercicio de una actividad económica.

c) Las inscripciones en registros que sean necesarias para el acceso o ejercicio de una actividad económica.

d) Cualesquiera otros requisitos normativamente establecidos que permitan acceder a una actividad económica o ejercerla.

En ese mismo sentido; a criterio de María J. Alonso Mas³³, sostiene que el principio de eficacia en todo el territorio nacional, constituye un instrumento por los que el legislador ha optado para hacer efectivo el principio de simplificación de cargas. [...] Buscando la eliminación de la pluralidad “horizontal” de intervenciones; esto es, eliminar la duplicidad de controles por razón de la distribución del poder entre distintos entes con un ámbito territorial distinto de aplicación.

V. EL SISTEMA DE INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN EL PERÚ

³² Art. 20 de la LGUM

³³ Ob. Cit Pág. 6.

VI Congreso Nacional de Derecho Administrativo
Asociación Peruana de Derecho Administrativo
Pontificia Universidad Católica del Perú

Como señalábamos anteriormente, el sistema de intervención administrativa en Perú, se encuentra regulada por la Ley N° 28976, Ley Marco de licencias de funcionamiento [*en adelante Ley Marco*], y así mismo, por el Decreto Supremo N° 066-2007-PCM, del 04 de Agosto del 2007, por el que Aprueban el Nuevo Reglamento de Inspecciones Técnicas de Seguridad en Defensa Civil [*en adelante Reglamento de Inspecciones*]; y los Reglamentos que por ordenanza municipal se aprueben a nivel descentralizado en los gobiernos locales y provinciales, de acuerdo con la normativa básica vigente.

Como lo hemos anunciado al inicio, el sistema actual en el país es del régimen de licencias y autorizaciones, construido por las normativas anteriormente mencionadas que son relativamente nuevas teniendo el año en que fueron promulgadas [2007], siendo contemporáneas con las modificaciones y el cambio del nuevo paradigma del sistema español que hemos analizado anteriormente iniciado con la “Directiva de Servicios” [2006].

La Ley Marco establece como el régimen general, aplicable con carácter general al procedimiento para el régimen de autorizaciones y licencias; aplicable a las actividades económicas de comercio, industria y/o servicios, que se desempeñen en establecimientos con carácter permanente; estando obligados todas las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeros, de carácter público o privado que desarrollen con o sin fines de lucro las actividades antes mencionadas anteriormente, de *manera previa a la apertura o instalación*³⁴ de establecimientos en los que desarrollen sus actividades.

Los requisitos que establece son básicamente formales-documentales y técnicos; contenidos en los artículos 6° y 7°, los que merecen singular atención a nuestro criterio son el requisito de zonificación³⁵ y compatibilidad

³⁴ Art. 4 de la Ley Marco.

³⁵ La ley Marco, lo define como el conjunto de normas técnicas urbanísticas por la que se regula el uso del suelo, obviamente de la circunscripción local.

VI Congreso Nacional de Derecho Administrativo
Asociación Peruana de Derecho Administrativo
Pontificia Universidad Católica del Perú

de uso³⁶; Condiciones de seguridad civil, y sobre este requisito tenemos dos matices, como por ejemplo Evaluaciones de seguridad civil a cargo de autoridad municipal o a cargo del organismo supervisor de la autoridad pública Instituto Nacional de Defensa Civil [INDECI]³⁷, el Informe de Inspección técnica de Seguridad Defensa Civil, que puede ser de dos tipos, en detalle o multidisciplinaria, la autorización sectorial según corresponda, y por último el título profesional habilitante y obviamente la tasa, aunque estos dos últimos en menor detalle.

El legislador acusando a su buen criterio de reducir los plazos, estableció como plazo máximo para dar respuesta a la aprobación o no de la licencia de funcionamiento el de quince (15) días hábiles operando en caso contrario el Silencio Positivo; y el procedimiento tiene una variante importante que vale la pena destacar. El Procedimiento se distingue en básicamente en tres vertientes: 1) La primera constituida por los establecimientos que mantengan un área de hasta cien metros cuadrados [100 m²] y cuya capacidad de almacenamiento no sobrepase el 30% del mismo, el que requerirá de una inspección técnica de Seguridad Básica, pero con el matiz de ser “ex post” al otorgamiento de la licencia de funcionamiento, reemplazando tal requisito mediante una declaración jurada³⁸; 2) El segundo corresponde aquellos establecimientos mayores a cien metros cuadrados y que si requieren de Inspección técnica de

³⁶ La Ley Marco, define como aquella evaluación que debe realizar la autoridad competente para verificar si la actividad a desarrollarse en dicho establecimiento resulta compatible con la zonificación del suelo.

³⁷ Es un organismo público ejecutor que conforma el SINAGERD. El responsable técnico de coordinar, facilitar y supervisar la formulación e implementación de la Política Nacional y el Plan Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres, en los procesos de preparación, respuesta y rehabilitación. Extraído de su portal Web: <http://www.indeci.gob.pe/contenido.php?item=MQ==>, 20/04/14.

³⁸ El matiz presenta algunas exclusiones:

Art. 8, inc. 1: [...]

Se encuentran excluidas de este procedimiento:

a) Las solicitudes de licencia de funcionamiento que incluyan los giros de pub, licorería, discoteca, bar, casinos, juegos de azar, máquinas tragamonedas, ferreterías, o giros afines a los mismos; así como solicitudes que incluyan giros cuyo desarrollo implique el almacenamiento, uso o comercialización de productos tóxicos o altamente inflamables. Las licencias referidas a estos giros se adecuarán a lo establecido en los numerales 2 o 3 del presente artículo, en lo que corresponda.

b) Las solicitudes de licencia de funcionamiento para el desarrollo de giros o establecimientos que requieran la obtención de un Certificado de Inspección Técnica de Seguridad en Defensa Civil de Detalle o Multidisciplinaria.

VI Congreso Nacional de Derecho Administrativo
Asociación Peruana de Derecho Administrativo
Pontificia Universidad Católica del Perú

Seguridad en Defensa Civil Básica, ex ante al otorgamiento de la licencia de funcionamiento; 3) El tercero referido a los establecimientos mayores a los quinientos metros cuadrados [500 m²] los cuales necesitan de una Inspección Técnica de Seguridad de Defensa civil Multidisciplinaria o en Detalle, por el INDECI (previa a la solicitud de licencia).

Así mismo la Ley Marco, reconoce la facultad fiscalizadora y sancionadora a favor de las municipalidades, los mismos que realizarán labores de fiscalización a las actividades económicas con el fin de verificar el cumplimiento de las obligaciones de los titulares [operadores económicos] de las licencias de funcionamiento conforme a ley, pudiendo imponer sanciones a que hubieran lugar en caso de incumplimiento.

VI. CRÍTICAS Y REFLEXIONES

✓ Sobre el Sistema Peruano

Lo primero que toma especial relevancia en el estudio, es permitirnos encontrar similitudes que nos hagan avizorar un mejor panorama para el sistema peruano; y como primer ítem comparativo es las disposiciones de apertura, que les otorga el punto de partida al establecimiento de uno u otro régimen; en ese sentido, hemos podido apreciar que tanto España como Perú, reconocen en sus normas constitucionales los derechos de libertad de empresa, inversión y comercio «Art. 59° CPP y 38°-139° CE; respectivamente», y así mismo sus matices; con la diferencia clara de que sus disposiciones con rango de ley, han sabido reconocer que la materialización del citado derecho, se refleja en la libertad de acceso al comercio interior y su ejercicio, prohibiendo los límites que la administración pueda disponer, sin que estos se vean reflejados y debidamente motivados bajo una razón imperiosa de interés general.

A nuestro entender, son estas disposiciones constitucionales, que pueden motivar el cambio del régimen en el Perú, reconociendo la libertad de acceso a la actividad económica y su ejercicio, generando mayor fluidez

VI Congreso Nacional de Derecho Administrativo
Asociación Peruana de Derecho Administrativo
Pontificia Universidad Católica del Perú

al mercado interno. Si miramos el Informe sobre “Caracterización Y Problemática De Los Trabajadores De La Economía Informal En El Perú”, elaborado por Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo, nos podemos dar cuenta que esta serie de prohibiciones y regulaciones en las que limiten innecesariamente la actividad comercial no son alentadoras para el operador económico, describe³⁹:

Según la literatura económica, el Estado desempeña un rol importante en mitigar las fallas del mercado, asegurando el suministro de bienes y servicios públicos, así como en mantener condiciones para la igualdad de oportunidades. En ese sentido, para una mejor comprensión y aproximación a la economía informal, se analiza sus causas desde dos perspectivas de análisis: (i). [...]

(ii) La segunda perspectiva considera que la informalidad se genera en las decisiones voluntarias de los agentes. Es decir, los dueños de empresas o trabajadores *auto empleados realizan análisis implícitos de costo-beneficio acerca de si deben o no cruzar el camino hacia la formalidad*, y con frecuencia deciden no cruzarlo. Según esta perspectiva, los altos niveles de informalidad son consecuencia de la decisión de un gran número de empresas que optan por no pertenecer ni vincularse a las instituciones formales, lo cual implica implícitamente un cuestionamiento a la calidad y beneficios de los servicios del Estado, así como de su capacidad para hacer cumplir la regulación vigente.

Ahora, analizaremos los requisitos que el régimen de autorización que en el Perú, en el que se ha establecido:

- Aspectos de Zonificación y Compatibilidad de Uso: En la ley se ha determinado que esta evaluación ha de efectuarla la municipalidad,

³⁹ Informe elaborado por Edwin Poquioma Chuquizuta, Asesor de la Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo. Extraído de la Página Web: http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/CNTPE/caracterizacion_problematika_trabajadores_de_la_economia_informal_en_el_peru.pdf.

VI Congreso Nacional de Derecho Administrativo
Asociación Peruana de Derecho Administrativo
Pontificia Universidad Católica del Perú

el primer problema lo encontramos en la zonificación donde la existencia de municipalidades en las cuales no se encuentra implementado una plan adecuado de zonificación, acorde con el plan urbanístico y de expansión de la ciudad (si es que lo tienen); resulta imposible que el operador económico sepa si su negocio que ha planificado poner en marcha, pueda obtener la licencia de funcionamiento.

- Las Condiciones de Seguridad de Defensa Civil: Sobre este requisito es buena la iniciativa de contemplar la presentación de Declaración Jurada como requisito formal, cuando el establecimiento no es mayor a 100m², pero este margen es muy mínimo, como para alentar al operador económico o inversor [pyme] a mantener un inmueble cómodo y donde se puedan desarrollar sus actividades en las mejores condiciones; es decir; el margen no es tan alentador. Todos los demás casos necesitan de una inspección técnica, que les habiliten favorablemente, este procedimiento de por sí, dentro de la ente local o por medio de INDECI, genera desde ya retrasos en plazos excesivos en algunas administraciones, y costos adicionales.
- La autorización Sectorial; previa a la solicitud de licencia de funcionamiento; y este requisito a nuestro entender si es un requisito proporcional a las razones imperiosas de interés general, que se enuncia en el sistema español, pero que sin embargo en nuestro país por la ineficiencia en la administración pública dentro de los órganos desconcentrados, hace que el operador jurídico invierta exagerado tiempo en su tramitación; tiempo que creo ser suficiente o que basta para que adicionalmente a ello, se le cargue al administrado la obligación de tramitar la licencia de funcionamiento.
- Las tasas, es un importante punto que debe ser aclarado, la Ley Marco, sólo hace referencia en su artículo 15°, sobre el valor de la licencia, por el que redirige a lo dispuesto en la Ley de Tributación Municipal; empero este requisito, es de vital importancia para

VI Congreso Nacional de Derecho Administrativo
Asociación Peruana de Derecho Administrativo
Pontificia Universidad Católica del Perú

incentivar al operados económico en formalizar su actividad económica. Una tasa que se fije respetando el principio de proporcionalidad, en la cuantía y los gastos en los que la administración ha de efectuar para tramitar la licencia de funcionamiento, debe ser una obligación de toda administración; pero sin embargo, los entes locales, utilizan estas tasas como parte generadora de sus activos, estableciendo tasas desproporcionadas⁴⁰ que no hacen más que desalentar a los operadores económico de las pymes, que al menos piensan en algún día formalizarse.

✓ **Sobre el Sistema Español**

En España se plantea como principal crítica la verdadera aplicación de la directiva de servicios y las normas internas sobre adaptación, en la que se pone por descubierto la persistencia de la administración en desconocer la verdadera aplicación de la norma. Siendo así, se ha montado sobre la mesa controversia sobre la veracidad o no de que Europa y precisamente España se encuentren inmersas en un sistema de control *ex post* sobre los operadores económicos en la actividad de prestación de servicios de manera directa.

Se ventila la no aplicación de las entidades específicas destinadas a cumplir con la directiva de servicios, pues nuestra postura sobre esta afirmación, es que Europa y España precisamente por nuestro estudio, sí que han construido un sistema de control *ex post*, al menos eso se asegura sobre el papel, que a nuestro criterio es un sistema coherente con las disposiciones constitucionales que lo sustenta; que en todo caso en la administración y de quienes depende su aplicación no se respete, es cuestión de falta de aplicación y desacato a la norma.

⁴⁰ Tasas en Pisco: S/. 1420 Nuevos Soles. Fuente "El Comercio". Extraído de la Web: <http://elcomercio.pe/economia/peru/municipios-cobran-hasta1428-licencia-funcionamiento-noticia-490161>.

Empero, que además también se desnuda la idea de que aún se mantienen actividades limitadas por el régimen de autorización o licencias; y sobre este aspecto nuestra posición es clara; no ha manifestado a lo largo del trabajo que se hayan eliminado absolutamente el régimen de autorizaciones o licencias, es más se insiste en declarar que estas aún persisten, y claro, que la administración tendrá determinar el ¿cómo? y el ¿por qué?; y obligado justificarlo necesariamente en “una razón imperiosa de interés general” como lo prescribe el derecho de la comunidad, y que además debe estar ajustada a la interpretación del TJUE.

Ahora que además, resultase de tan mala praxis legislativa⁴¹ por parte del legislador español, y sus contradicciones sobre el verdadero contenido de la “razón imperiosa de interés general” que lo sobre delimita, yendo más allá de lo que las disposiciones comunitarias lo establecen, reduciendo el campo de acción de la administración, para detectar en que ámbitos sí sobreviene una “razón imperiosa de interés general” que justifica necesariamente su intervención.

Y por último, una cuestión realmente interesante es prever, es la seguridad jurídica del operador económico, en sus diferentes posiciones; ejemplo, como titular de un derecho, pues no tendría acto expreso que lo proteja frente a posibles perjuicios de la propia administración o terceros. Además tenemos el límite de la responsabilidad y lo que nos genera cierta incertidumbre es la responsabilidad solidaria entre la administración y el operador económico frente terceros perjudicados por la propia actividad puesta en marcha que se podría generar por su defectuoso ejercicio de control ex post; y el ejercicio eficiente de su deber de control y supervisión.

VII. CONCLUSIONES

⁴¹ “Una norma que sin duda presenta numerosas oportunidades, pero también plantea riesgos si no se acomete correctamente su aplicación. Porque sus efectos pueden ser positivos desde el punto de vista de la mejora económica, o materialmente desreguladores y negativos para consumidores y usuarios”. Por RIVERO ORTEGA, Ricardo. En “La transposición de la Directiva de Servicios en las entidades locales”. Citando a MUÑOZ MACHADO. Pág. 48.

VI Congreso Nacional de Derecho Administrativo
Asociación Peruana de Derecho Administrativo
Pontificia Universidad Católica del Perú

Europa, ha establecido un sistema de libertad de comercio, libre acceso a los servicios en un marco de acción transfronterizo, obligando a transponer las normativas internas de los estados miembros de acuerdo a sus Directivas, siendo así España ha modificado su régimen actual, estableciendo un sistema de libre acceso al mercado interior español generando mayor fluidez en su comercio interior, generación de puestos de trabajo, empleo y mayor riqueza; al menos a escala de la pequeña y mediana empresa.

El sistema peruano se ha manejado siempre bajo la regla de la “*desconfianza*”, siendo partícipes directos de la informalidad, y falta de oportunidad concedidas a los administrados; entonces; porque no asumir otra postura desde la administración, imponemos como regla general la “*Confianza*” en el administrado, entreguemos en manos del operador jurídico una cuota de confianza, y asumamos la capacidad de autodirección de los operadores económicos; y paso seguido concienticemos a ellos, que dicha entrega superpone un sistema de responsabilidades mayor si llegasen a defraudar a la administración.

En España, la administración pública tiene una distinta perspectiva, ellos han asumido de manera concreta que es un derecho constitucionalmente reconocido de cualquier persona la libertad de empresa, y cuyo derecho se materializa de forma concreta en la libertad de acceso a las actividades económicas y su ejercicio. Así el camino recorrido por la administración española no ha concluido, creo q a la par de sus pares estado miembros, como lo afirma el profesor GILLES ⁴² : “Se da la circunstancia de que los sistemas de control previo son escasos en Francia, donde por lo general es posible iniciar cualquier tipo de actividad económica en el ámbito urbano sin necesidad de ningún tipo de licencia previa. La única excepción a esta regla es el régimen del “urbanismo comercial” por el que se rigen las grandes superficies de distribución, a las que se les impone

⁴² Exposición elaborada por Prof. GILLES J. Gugliemi “*Actividades económicas y gobiernos locales en Francia*”; ponencia presentada en el marco del “PRIMER SEMINARIO INTERNACIONAL SOBRE GOBIERNOS LOCALES Y MERCADO INTERIOR EUROPEO”. Organizado por el Instituto de Estudios y Formación del Ayuntamiento de Madrid. 28 de febrero de 2014.

VI Congreso Nacional de Derecho Administrativo
Asociación Peruana de Derecho Administrativo
Pontificia Universidad Católica del Perú

mayores controles.”, generando más disposiciones que aseguren el ejercicio de ese derecho.

Podemos arriesgarnos afirmar que desde un panorama estrictamente técnico-jurídico, el sistema Europeo-Español “*expost*” es más «coherente» con las disposiciones Supraconstitucionales y Constitucionales que lo sostienen, pues acreditan materializando en su ordenamiento jurídico el cumplimiento de aquellas libertades que consideran fundamentales [libertad de establecimiento y circulación] del operador económico en el mercado interior europeo «Comunidad», eliminando las limitaciones y estableciendo un sistema por excepción teniendo como principal componente una “razón imperiosa de interés general”.

Creemos fielmente, que la Administración en el Perú, debería de dar pasos gigantes en pos de su modernización, la incursión de la “administración electrónica” generaría mayores beneficios respecto de la eficiencia y agilidad en sus procedimientos reglados, generando mejores resultados.

Convenimos en que es necesario, reformular el sistema, aplicar cambios concretos, por ejemplo ampliar los márgenes y los umbrales para la no imposición del régimen de licencias por parte de las municipalidades, así como instaurar los principios que rigen el actual sistema español, ejemplos concretos: El principio de razón imperiosa de interés general, que incidan directamente sobre el “orden público, seguridad pública, salud pública, protección del medio ambiente y urbanismo”, por lo que de acuerdo a estos criterios, si puede justificarse las autorizaciones sectoriales previas que se conjuguen con los instrumentos de declaración responsable y comunicación previa.

Creemos que la regla general debe ser el sistema de instrumentos de “Declaración responsable” y “comunicaciones previas” en reemplazo del régimen de las licencias y autorizaciones que deben ser la excepción por *razones imperiosa de interés general* con la necesaria justificación; como lo hemos indicado anteriormente; la utilización del principio de eficacia en todo

VI Congreso Nacional de Derecho Administrativo
Asociación Peruana de Derecho Administrativo
Pontificia Universidad Católica del Perú

el territorio nacional, produciendo la unificación del mercado interno, y fomentando los crecimientos en la inversión en todo el territorio. La utilización concienzuda del principio de proporcionalidad en la facultad de establecer el monto de las tasas por parte de la administración; y por último, prever que en cualquier procedimiento prevalezca el principio de simplificación de cargas administrativas.

Finalmente; pero no menos importante, sino al contrario; de mayor envergadura, es la necesidad de estructurar un Sistema de Control ex post, serio, eficiente, productivo, responsable y garantista, de Fiscalización y Sanciones Administrativas, sobre las actividades económicas y por ende sobre el operador económico, que no solo deben encajar en el ámbito administrativo, sino que además civil, y penal.

VIII. BIBLIOGRAFIA.

ALONSO MAS, María José. “El nuevo Régimen de los Instrumentos de Intervención de las Entidades locales y la unidad de mercado”. En el Libro Colectivo "El Nuevo Marco Jurídico De La Unidad De Mercado", La Ley, 2014.

ALONSO MAS, María José. “Principio de simplificación de Cargas”. En el Libro Colectivo "El Nuevo Marco Jurídico De La Unidad De Mercado", La Ley, 2014.

ALONSO MAS, María José. “Reflexiones sobre la nueva ley de garantía de unidad de mercado”. Artículo publicado en “Derecho De Los Negocios”, Enero-Febrero.2014.

BAÑO LEÓN, José María. En “El silencio administrativo: notas sobre una regulación anacrónica”. En “El derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor DR. D. Ramón Martín Mateo”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, Tomo I.

VI Congreso Nacional de Derecho Administrativo
Asociación Peruana de Derecho Administrativo
Pontificia Universidad Católica del Perú

FERNÁNDEZ TORRES, J. R, “Regímenes de intervención administrativa: autorización comunicación previa y declaración responsable”. *Autonomías*, N° 42. Año 2011.

LOZANO CUTANDA, B. “Ley ómnibus: Silencio Administrativo, declaración responsable, y comunicación previa”. En La Ley N° 7339. Año 2010.

PERNAS GARCÍA, J.José. “El Principio de necesidad y de Proporcionalidad en la ley de Garantía de unidad de mercado”. En el Libro Colectivo "El Nuevo Marco Jurídico De La Unidad De Mercado", La Ley, 2014. Coordinadora ALONSO MAS, María José.

RIVERO ORTEGA. Ricardo. “La transposición de la Directiva de Servicios en las entidades locales”. En el Anuario de Derecho Municipal 2009. IDLUAM. 2009.

RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, Manuel. “El impacto de la ley de garantía de unidad de mercado sobre la ordenación del comercio interior”. En el Libro Colectivo "El Nuevo Marco Jurídico De La Unidad De Mercado", La Ley, 2014.

PROYECTO USAID. “Licencia de Funcionamiento”. Facilitando comercio, de la Agencia de los Estados unidos para el Desarrollo internacional”. Primera Edición, Abril 2012

Ponencias

GILLES J. Gugliemi “Actividades económicas y gobiernos locales en Francia”; ponencia presentada en el marco del “Primer Seminario Internacional Sobre Gobiernos Locales Y Mercado Interior Europeo”. Organizado por el Instituto de Estudios y Formación del Ayuntamiento de Madrid.28 de febrero de 2014.