

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



**PROGRAMA DE SEGUNDA ESPECIALIDAD EN
DERECHO ADMINISTRATIVO**

**TITULO: “Reflexiones sobre el análisis de razonabilidad del INDECOPI en
el procedimiento de Eliminación de Barreras Burocráticas”**

**Trabajo Académico para optar por el título de Segunda Especialidad en
Derecho Administrativo**

AUTORA:

Gladys Yoselin Lolay Huamanyauri

ASESORA:

Laura Francia

CODIGO:

20098130

Lima, 2019

RESUMEN

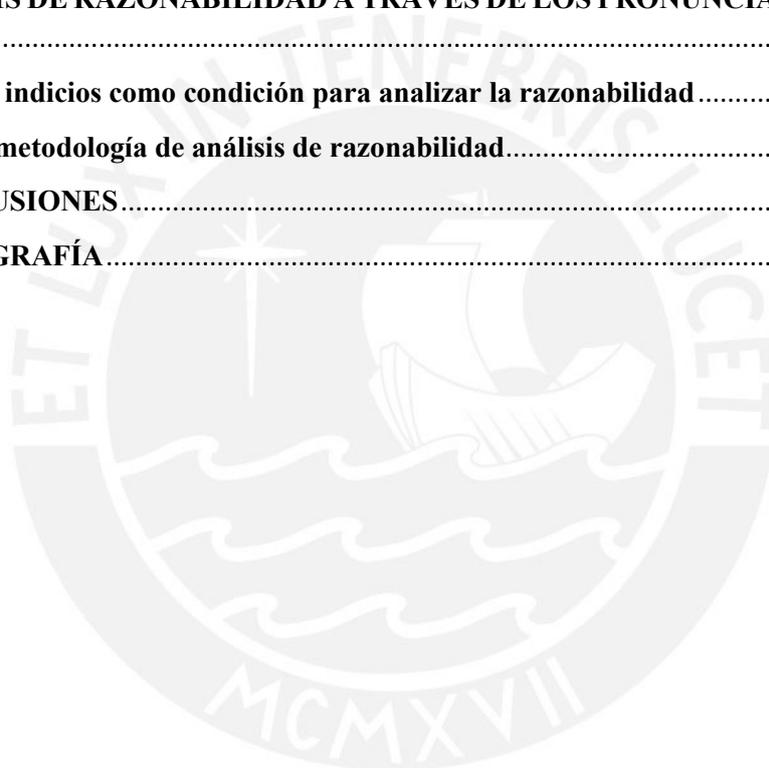
La metodología de análisis en materia de barreras burocráticas tiene sus orígenes en la Resolución N°182-97-TDC o “Taxis Amarillos”, declarada como precedente de observancia obligatoria en el año 1997. Casi veinte años después, con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1256, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas, el marco normativo del procedimiento de barreras burocráticas positivizó la metodología de análisis establecida en el referido precedente incorporando algunos matices.

A pesar de que contamos con un marco normativo unificado y con criterios de análisis de legalidad y razonabilidad preestablecidos, existe un factor adicional que incide en la evaluación que se realiza hoy en día: el margen de discrecionalidad de la Comisión y la Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual para determinar la razonabilidad de las medidas denunciadas y las cuestiones valorativas que podrían presentarse en el marco del referido análisis.

En base a ello, el presente artículo se centra en describir el impacto que pueden generar las valoraciones subjetivas de la Comisión y Sala en sus decisiones en la evaluación de la razonabilidad a partir de la revisión de diversos pronunciamientos emitidos por ambos órganos. Del mismo modo, presentar pronunciamientos de la Comisión y Sala en los que dicha discrecionalidad haya podido implicar una afectación al agente económico.

INDICE

INTRODUCCION.....	4
I. ANALISIS DE RAZONABILIDAD SEGÚN EL PRECEDENTE TAXIS AMARILLOS.....	5
1.1. Noción y naturaleza jurídica del precedente	5
1.2. Metodología de análisis establecida en el precedente.....	7
II. DISCRECIONALIDAD EN SEDE ADMINISTRATIVA.....	10
2.1. Noción de discrecionalidad	10
2.2. El margen discrecional de la Comisión y Sala de Eliminación de Barreras Burocráticas del INDECOPI.....	12
III. ANALISIS DE RAZONABILIDAD A TRAVÉS DE LOS PRONUNCIAMIENTOS DE INDECOPI.....	13
3.1. Sobre los indicios como condición para analizar la razonabilidad.....	13
3.2. Sobre la metodología de análisis de razonabilidad.....	15
IV. CONCLUSIONES.....	18
V. BIBLIOGRAFÍA.....	19



INTRODUCCION

Actualmente, el marco regulatorio del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas se encuentra definido en el Decreto Legislativo N° 1256, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas, en el que destaca la metodología de análisis para determinar la existencia de una barrera burocrática ilegal o carente de razonabilidad.

Así, se tiene que el análisis de legalidad comprende la evaluación de la legalidad de fondo (competencia de la entidad y no vulneración de otras normas del ordenamiento) y forma (procedimiento debido); y, el análisis de razonabilidad se avoca a evaluar la existencia de interés público pretendido a tutelar, la idoneidad de la medida para la solución del problema y que estasea proporcional con los fines que pretende tutelar.

En nuestra opinión el referido Decreto Legislativo N°1256 positiviza los criterios de evaluación que fueron desarrollados en el precedente de observancia obligatoria N° 182-97-TDC ("Taxis amarillos") emitido por el Tribunal de Defensa de la Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual ("INDECOPI"), a través del cual, por primera vez, se delimitó la metodología de análisis para la determinación de una barrera burocrática.

No obstante, pese a que contamos con un marco normativo claramente detallado, existe un factor que incide en la evaluación que se realiza hoy en día: el margen de discrecionalidad de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (la "Comisión"), así como de la Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas (la "Sala") del INDECOPI para determinar la razonabilidad de las medidas denunciadas.

En base a ello, el presente artículo se centra en describir el impacto que pueden generar las valoraciones subjetivas de la Comisión y Sala en sus decisiones en la evaluación de la razonabilidad. Del mismo modo, presentar pronunciamientos de la Comisión y Sala en los que dicha discrecionalidad haya podido implicar una afectación al agente económico.

I. ANALISIS DE RAZONABILIDAD SEGÚN EL PRECEDENTE TAXIS AMARILLOS

1.1.Noción y naturaleza jurídica del precedente

Previo a analizar la metodología establecida en el precedente “Taxis Amarillos” es preciso determinar la noción y naturaleza jurídica de la figura denominada “precedente administrativo”.

Así, en palabras de Diez Picasso, “el precedente administrativo es aquella actuación pasada de la Administración que, de algún modo, condiciona sus actuaciones presentes exigiéndoles un contenido similar para casos similares” (1982: 7).

En esa misma línea, otros autores manifiestan que “el precedente administrativo se presenta cuando frente a un mismo supuesto de hecho, la Administración puede preferir una consecuencia jurídica frente a otras” (Maurer 2009:167).

Al amparo de esas concepciones, el precedente se configura como la actuación de la Administración que condiciona sus futuras actuaciones y que no podrán ser obviadas en cuanto se verifique la identidad de los supuestos bajo análisis.

Por su parte, la doctrina nacional brinda una aproximación conceptual sobre el precedente administrativo cuando lo define como “la fuente del derecho administrativo, mediante la cual, la Administración Pública define los criterios vinculantes a supuestos de hecho idénticos, en ejercicio de su potestad discrecional” (Cairampoma 2014: 489).

A propósito de dicha definición, es pertinente señalar que la naturaleza de fuente de derecho administrativo otorgada al precedente se encuentra establecida en la Ley de Procedimiento Administrativo General¹, en la cual se señala que pueden provenir de:

“ 2.8.Las resoluciones emitidas por la Administración a través de sus tribunales o consejos regidos por leyes espaciales, estableciendo criterios interpretativos de alcance general y debidamente publicadas. Estas decisiones generan precedente

¹ Nótese que cuando se mencione a la Ley de Procedimiento Administrativo General se hace referencia al Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

administrativo, agotan la vía administrativa y o pueden ser anuladas en esa sede.

2.9. Los pronunciamientos vinculantes de aquellas entidades facultadas expresamente para absolver consultas sobre la interpretación de normas administrativas que apliquen en su labor debidamente difundidas”.

Sobre el particular, autores como Cairampoma, han precisado respecto al primer supuesto que se trata de “actos emitidos por órganos colegiados que ejercen facultades en el marco de la ley especial. Se tratan de órganos que, si bien resuelven materia administrativa particular, establecen criterios de interpretación y acción respecto a toda la estructura y órganos administrativos que la componen, teniendo un efecto general” (2014: 494).

Asimismo, en el artículo VI del Título Preliminar de la referida Ley de Procedimiento Administrativo General se ha establecido que “los actos administrativos que al resolver casos particulares interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, constituirán precedentes administrativos de observancia obligatoria por la entidad, mientras que dicha interpretación no sea modificada.”

Lo citado anteriormente, nos permite hacer la precisión de que si bien los precedentes administrativos son obligatorios y vinculantes a las decisiones futuras de la administración; ello no implica que posean carácter absoluto, toda vez que la propia Ley de Procedimiento Administrativo General habilita el cambio de criterio interpretativo.

Estando a ello, en nuestro ordenamiento, la figura del precedente administrativo no solamente se constituye como una fuente de derecho sino que vincula las actuaciones de la administración- atendiendo a la predictibilidad y seguridad jurídica-hasta que los criterios sufran alguna variación.

1.2. Metodología de análisis establecida en el precedente

Conforme a lo reseñado en el numeral previo, un precedente administrativo es una decisión de la administración que vincula sus decisiones futuras, cuando se verifique identidad entre los casos bajo análisis y no se haya modificado el criterio orientador de la administración.

Bajo ese entendido, y como es de conocimiento generalizado, mediante el precedente “Taxis Amarillos” emitido por la Sala Defensa de la Competencia del INDECOPI se fijó la metodología de análisis o evaluación para determinar la existencia de una barrera burocrática ilegal o carente de razonabilidad.

La metodología de análisis desarrollada en la citada resolución fue la siguiente:

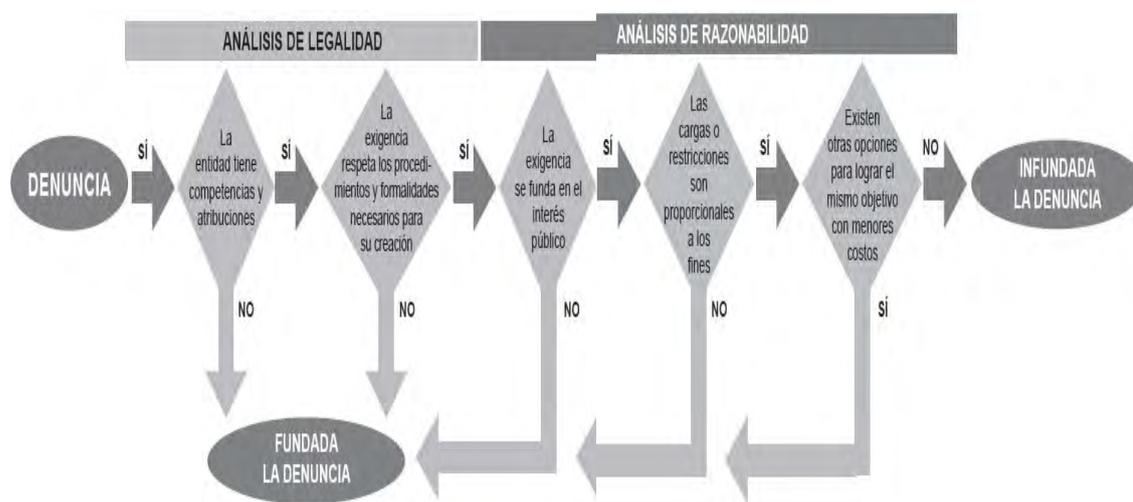
- En primer lugar deberá analizarse la legalidad de la medida cuestionada en base a los siguientes criterios: i) atribuciones y competencias de la entidad que emitió la medida cuestionada, así como la verificación de que la medida no vulnere otras normas del ordenamiento (legalidad de fondo); y, ii) que la entidad emitió la medida cuestionada siguiendo la formalidad y procedimientos establecidos para tal efecto (legalidad de forma).
- En segundo lugar, de no superarse el análisis previo, debe analizarse la proporcionalidad de la medida cuestionada teniendo en cuenta que el denunciante debe aportar elementos de juicio acerca de la posible existencia de la barrera burocrática carente de razonabilidad. Una medida carecería de razonabilidad cuando establezca tratos discriminatorios, no tenga fundamentos o sustento (sea arbitraria) o resulta excesiva en relación con sus fines (desproporcional strictu sensu).

Para demostrar que la medida es proporcional o razonable, la entidad denunciada tiene la carga de probar: i) el interés público que justificó la medida impugnada y sus beneficios; ii) que las medidas impuestas eran adecuadas o razonables considerando sus fines; iii) la medida era la opción menos gravosa.

Finalmente, la entidad debe efectuar un balance entre los costos privados que se derivan de la exigencia cuestionada frente a los posibles beneficios públicos previstos a fin de determinar la razonabilidad de la medida.

Para un mejor entendimiento de lo señalado anteriormente, a continuación citamos el gráfico elaborado en su oportunidad en el referido precedente:

Gráfico N° 1: Metodología de Análisis



Fuente: Análisis de las funciones del INDECOPI a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos

En este punto, es menester señalar que desde la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1256, la metodología de análisis prevista en el precedente “Taxis Amarillos” ha sido positivizada en una norma con rango de ley, la cual establece lo siguiente:

- El análisis de legalidad implica la evaluación de: i) las atribuciones de la entidad conferidas por ley; ii) los procedimientos y/o formalidades que exige el marco legal vigente para la emisión y/o publicación de la disposición administrativa que materializa la barrera burocrática; iii) si a través de la imposición y/o aplicación de la barrera burocrática se contravienen normas y/o principios de simplificación administrativa o cualquier dispositivo legal.

En caso la Comisión o la hoy Sala de Eliminación de Barreras Burocráticas desestime que la barrera burocrática sea ilegal, procede con el análisis de razonabilidad en los procedimientos iniciados a pedido de parte, siempre que el denunciante presente indicios suficientes respecto a la carencia de razonabilidad en la denuncia y previa a la resolución de admisión a trámite de la denuncia.

En el análisis de razonabilidad deben evaluarse los siguientes aspectos:

- Que la medida no es arbitraria, lo que implica que la entidad tenga que acreditar la existencia del interés público que sustentó la medida cuestionada, el cual encontrarse dentro de sus atribuciones; la existencia del problema que pretendía solucionarse con la medida; que la medida cuestionada resulta idónea o adecuada para lograr la solución del problema y/o para alcanzar el objetivo de la medida.
- Que la medida es proporcional a sus fines, lo que implica que la entidad acredite una evaluación de los beneficios y/o el impacto positivo que genera la medida y los costos y/o el impacto negativo para los obligados a cumplirla, así como para otros afectados y/o para la competencia en el mercado; que la medida genera mayores beneficios que costos; que otras medidas alternativas no resultarían menos costosas o no serían igualmente efectivas (dentro de estas medidas alternativas debe considerarse la posibilidad de no emitir una nueva regulación).

Como puede apreciarse, los criterios de evaluación del precedente “Taxis Amarillos” no han sufrido variación alguna con relación a los criterios del Decreto Legislativo N° 1256, razón por la cual se colige que los primeros pasaron de ser criterios vinculantes y orientadores de la actuación de la Administración a una norma con rango de ley.

Sin perjuicio de ello, en cuanto al análisis de razonabilidad, lo que sí ha sucedido es que ha sido materia de desarrollo más amplio por parte del legislador, dado que incorpora algunos aspectos que no se habían incluido en el precedente “Taxis Amarillos”, como por ejemplo, que no es considerado como un indicio suficiente para analizar la carencia de razonabilidad de la medida cuestionada.

II. DISCRECIONALIDAD EN SEDE ADMINISTRATIVA

2.1. Noción de discrecionalidad

A mayor abundamiento, es importante señalar que si bien se cuenta con criterios establecidos en el Decreto Legislativo N° 1256 para la evaluación de legalidad y razonabilidad o no de una barrera burocrática, lo cierto es que existe un componente discrecional que incide en la toma de decisiones al analizar la razonabilidad de la barrera. Por este motivo, en este apartado se desarrollarán aspectos vinculados a la discrecionalidad de la Comisión y Sala del INDECOPI.

Partimos señalando que la discrecionalidad en sede administrativa no ha sido un concepto sobre el cual haya existido un consenso en la doctrina comparada, siendo que existen diversas posturas en cuanto a su definición. Así, autores como Parejo conciben la discrecionalidad de la siguiente manera:

La discrecionalidad administrativa se caracteriza por una debilitación de la programación o vinculación positiva efectiva de la acción administrativa cuyo punto de partida está en la norma o, dicho en otras palabras, consiste en la atribución a la administración por el legislador de un ámbito de elección y decisión bajo su propia responsabilidad; de esta suerte, dentro del ámbito o espacio pueden darse varias actuaciones administrativas igualmente válidas por ser conformes con el Derecho aplicable” (1993:121).

Para Fernández, “la discrecionalidad es el ejercicio de la libertad decisoria que la norma concede (...) concierne, pues, exclusivamente, a la elección de una selección entre varias posibles, que permite a la autoridad administrativa concretamente apoderada dar satisfacción al fin impuesto por la norma a partir de los hechos previamente constatados” (2002:252).

García de Enterría considera que la discrecionalidad “es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos (...) no incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración” (1999:442).

En el ámbito nacional, tenemos que Rubio define la discrecionalidad como “el margen de arbitrio que el Derecho da a los órganos y organismos del Estado para ejercitar sus competencias en atención a los fines para los que fueron establecidas y en atención al interés público” (2006:152).

Por su parte, Zegarra considera que la discrecionalidad administrativa puede conceptualizarse como “aquella libertad de elección que la ley otorga a la administración para decidir sobre aquellos que estime más conveniente para el interés público de tal forma que las soluciones a las que pudiera llegar la Administración serían todas ellas válidas cuando se respeten las circunstancias del caso concreto, así como los esquemas básicos del razonamiento jurídico” (2006:40).

Considerando las diversas nociones de discrecionalidad en sede administrativa planteadas por la doctrina, coincidimos con el concepto esbozado por Zegarra, en tanto que la discrecionalidad es aquel margen de actuación concedido a la Administración a través de la ley a efectos de que pueda tomar una decisión favorecedora al interés general y sobre la base de las circunstancias del caso en particular.

Ahora bien, nuestro Tribunal Constitucional (“TC”) se ha manifestado respecto a la discrecionalidad en el ámbito administrativo a través de diversas sentencias, como las emitidas en el marco de los Expedientes N° 0090-2004-AA/TC² y 0250- 2000-AA-TC³. A partir de la revisión de las citadas sentencias del TC, se tiene que los fundamentos más resaltantes son los siguientes:

- Los entes administrativos gozan de libertad para decidir sobre un asunto concreto dado que la ley, en sentido lato, no determina lo que deben hacer o, en su defecto, cómo deben hacerlo.

² De fecha 05 de julio de 2004, Recurso extraordinario interpuesto por don Juan Carlos Callegari Herazo contra la sentencia expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima

³ De fecha 06 de septiembre de 2000, Recurso extraordinario interpuesto por don Pablo Emilio Ávila Aguayo contra la Resolución expedida por la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima

- El correlato de la discrecionalidad de la administración es la arbitrariedad en tanto que “tales decisiones, incluso cuando la ley las configure como discrecionales, no pueden ser arbitrarias, por cuanto son sucesivamente jurídicas y, por lo tanto, sometidas a las denominadas reglas de la crítica racional”.

Un acto administrativo dictado al amparo de una potestad discrecional legalmente establecida resulta arbitrario cuando expresa el capricho individual de quien titulariza la competencia administrativa como cuando el órgano administrativo, al adoptar la decisión, no motiva o expresa las razones que conllevan a tomar tal decisión. En ese sentido, la motivación no es expresar únicamente bajo qué norma legal se expide el acto administrativo, sino también las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión.

Hasta aquí, la importancia de lo resuelto por el TC en las sentencias mencionadas radica en que establecen que las entidades de la Administración sí están dotadas de un margen de discrecionalidad en sus actuaciones. No obstante, se precisa que todas las actuaciones requieren necesariamente de una debida motivación, a efectos de no incurrir en arbitrariedad; decisión que se encuentra proscrita en nuestro ordenamiento.

2.2.El margen discrecional de la Comisión y Sala de Eliminación de Barreras Burocráticas del INDECOPI

Sin perjuicio de la discrecionalidad reconocida a la Administración Pública en el marco de sus decisiones- siguiendo la línea de lo desarrollado por el TC- ello no obsta a que dichas decisiones se encuentren exentas de motivación.

Asimismo, es preciso señalar que no se encuentra en cuestionamiento la facultad de la Administración Pública, entiéndase INDECOPI, de actuar bajo ciertos márgenes de discrecionalidad para ocasiones en las cuales no haya un criterio previsto, sino las valoraciones subjetivas de los miembros de la Comisión o Sala.

Tanto la Comisión como la Sala son órganos colegiados del INDECOPI. Respecto a este tipo de autoridad, la Ley de Procedimiento Administrativo General ha señalado que: *“se sujetan a ese régimen el funcionamiento de órganos colegiados, permanente*

o temporales de las entidades, incluidos aquellos en los que participen organizaciones gremiales, sociales, económicas o estatales”.

Asimismo, en cuanto a sus acuerdos se establece que “son adoptados por los votos de la mayoría de asistentes al tiempo de la votación en la sesión respectiva, salvo que la ley disponga lo contrario. Los miembros que expresen votación distinta deben dejar constar en el acta dicha posición y motivarla”.

En el caso de los equipos de trabajo de la Comisión y/o Sala, se sabe está compuesto por un grupo con enfoque multidisciplinario, esto es, de distintas profesiones; pero que genera que puedan tenerse diversas valoraciones en el análisis de razonabilidad de las medidas denunciadas.

III. ANALISIS DE RAZONABILIDAD A TRAVÉS DE LOS PRONUNCIAMIENTOS DE INDECOPI

3.1. Sobre los indicios como condición para analizar la razonabilidad

A diferencia de las medidas que han sido declaradas como barreras burocráticas ilegales, son pocas las medidas que han sido declaradas como barreras carentes de razonabilidad por el INDECOPI.

Una de las causas que, a nuestro entender, conllevaría a que no existan muchos pronunciamientos en ese aspecto es la necesidad de presentar indicios suficientes para proseguir con el análisis de razonabilidad; lo que en la práctica termina convirtiéndose en una barrera más para el agente económico.

Una prueba de ello es lo sucedido en el Expediente N° 0430-2017/CEB. En este caso, Aeropuertos Andinos del Perú interpuso una denuncia a efectos de que se declaren como barreras burocráticas las exigencias de implementar servicios médicos en los operadores bajo el ámbito de su concesión contenidas en una Norma Técnica emitida por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones. En primera instancia, la Comisión resolvió que, efectivamente, las medidas exigidas constituían barreras burocráticas ilegales. Sin embargo, en segunda instancia, la Sala decidió revocar la decisión anterior y declaró que las medidas no eran barreras burocráticas ilegales y no evaluó la razonabilidad en tanto que no se presentaron los indicios suficientes como condición para efectuar dicho análisis conforme señala el Decreto Legislativo N° 1256.

Sobre el particular, el artículo 15 del referido Decreto Legislativo N° 1256 señala que la Comisión o la Sala realizará el análisis de razonabilidad de una barrera burocrática en los procedimientos iniciados a pedido de parte (interposición de denuncia), si el denunciante presente indicios suficientes que sustenten la carencia de razonabilidad y antes de que emita la resolución admisorio de la denuncia.

Complementando la disposición anterior, el artículo 16 señala que los indicios deben orientarse a sustentar que la medida cuestionada es arbitraria (carente de fundamentos o inadecuada para alcanzar los fines) o desproporcional (excesiva). Además, lista que no va a ser considerado como indicio suficiente conforme al siguiente detalle: (i) que no se encuentren referidos a la barrera burocrática cuestionada; (ii) que tengan como finalidad cuestionar la pertinencia de una política pública; (iii) alegaciones o afirmaciones genéricas; (iv) la medida genera costos.

En el caso comentado, Aeropuertos Andinos del Perú sí presentó indicios suficientes que sustentaban la carencia de razonabilidad de la medida impuesta a través de la Norma Técnica del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y dentro del plazo requerido por la norma; es decir, antes de la emisión de la resolución de admisión a trámite. Sin embargo, a pesar de ello, la Sala optó por no realizar el análisis de razonabilidad.

Como se puede advertir, en este caso, la discrecionalidad de la Sala conllevó a que consideren que los indicios presentados por la denunciante no califiquen como suficientes a pesar de haber cumplido con lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1256.

Esto denota dos serios problemas: (i) por un lado, la exigencia de presentar indicios suficientes es una traba para el denunciante en la medida que si bien puede presentar la condición requerida para la procedencia del análisis de razonabilidad, la procedencia se encuentra limitada; (ii) por otro lado, el factor discrecional de la Sala para determinar cuándo el indicio es suficiente es muy intenso tanto así que puede afectar derechos del agente económico, como en el caso mencionado en el presente numeral.

Así, compartimos la opinión de Tirado cuando señala que “resulta sorprendente que una norma destinada a combatir la existencia de cualquier medida que obstaculice el ejercicio de los derechos de los agentes en el mercado (...) contenga una disposición como el artículo 15 que

se traslada la tarea de demostrar de forma prácticamente agotadora la falta de razonabilidad de la medida cuestionada” (2017: 29).

3.2.Sobre la metodología de análisis de razonabilidad

Conforme ha sido descrito en los numerales anteriores, actualmente contamos con un marco normativo que establece los parámetros o de evaluación en el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas, que toma como antecedentes los criterios del precedente de observancia obligatoria conocido como “Taxis Amarillos”; no obstante, es de especial relevancia revisar los pronunciamientos emitidos por el INDECOPI en los cuales haya procedido con el análisis de razonabilidad.

A modo ilustrativo tenemos la Resolución N° 449-2015/CEB-INDECOPI. En este caso, la empresa de Telecomunicaciones Americatel interpuso una denuncia contra la prohibición contenida en la Norma Técnica E.C. 40, denominada “Redes e Instalaciones de Comunicaciones” del Reglamento Nacional de Edificaciones aprobada por el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento consistente en no instalar cables aéreos de telecomunicaciones en nuevas habilitaciones urbanas. En primera instancia, la Comisión resolvió declarar como barrera burocrática carente de razonabilidad dicha prohibición, debido a que si bien el Ministerio expuso los diversos motivos que explican el problema a solucionarse, como el mejoramiento de la construcción, seguridad y calidad de vida de las personas, esta no acreditó su existencia de dicho problema, ni que los mismos sean consecuencia de la instalación de cables aéreos. Asimismo, tampoco quedó acreditada la proporcionalidad de la medida ni los efectos sobre los agentes económicos, ni que haya existido una medida alternativa menos gravosa. En segunda instancia, la Sala decidió confirmar la decisión de la Comisión.

Otro caso fue el resuelto a través de la Resolución N° 0229-2015/CEB- INDECOPI, la Comisión declaró como barrera burocrática carente de razonabilidad el límite de distancia de doscientos cincuenta (250) metros lineales medidos en forma radial desde todos los linderos de propiedad de cualquier nuevo proyecto de Estación de Servicios, Establecimiento de venta al público de GNV o GLP establecida en una Ordenanza de la Municipalidad Metropolitana de Lima (“MML”).

En este caso, la carencia de razonabilidad radicó en que la MML no presentó información que permita acreditar: i) la justificación del interés público e idoneidad para solucionar el problema en la medida que la imposición de un límite no necesariamente generaría un incremento en la seguridad de las edificaciones circundantes; ii) la proporcionalidad sobre los fines a alcanzar, pues no se verificó los costos que generarían sobre los agentes u obligados; iii) que la medida era la menos gravosa, en tanto que pudo considerarse el establecimiento de un límite menor.

Como puede evidenciarse, si bien en el año en el que se resolvieron ambos casos no se encontraba vigente el Decreto Legislativo N°1256, la exigencia de presentar indicios se originó en el precedente “Taxis Amarillos”, por lo que se entiende que, la denunciante habría aportado los indicios de razonabilidad para sustentar la carencia de razonabilidad, de modo que la Comisión prosiguió con el análisis.

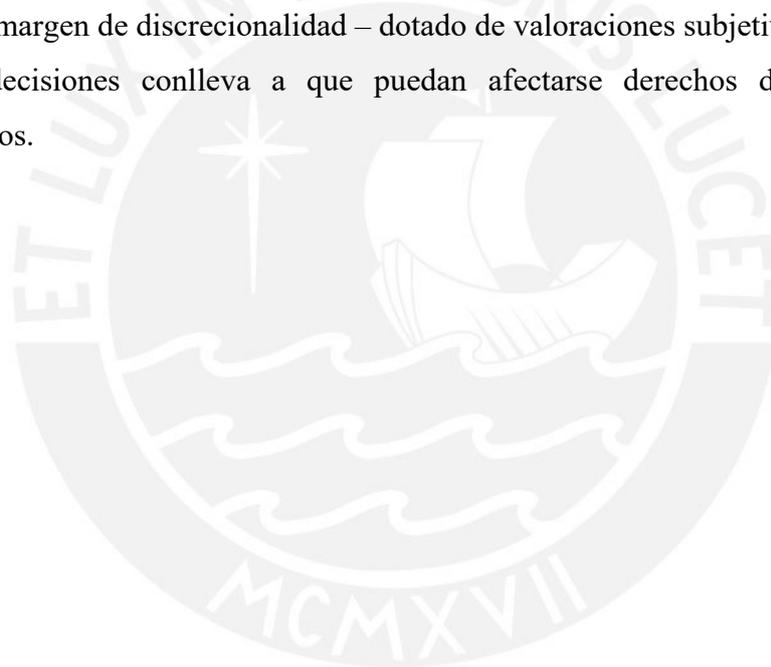
Sin embargo, de la revisión de los actuados en el expediente no se advierte diferencia entre los indicios presentados en este caso y los otorgados en el caso de Aeropuertos Andinos que haya generado dos decisiones distintas en cuanto a la procedencia del análisis de razonabilidad.

En esa misma línea, a través de la Resolución N° 177-2018/SEL-INDECOPI, la Sala determinó como barrera burocrática carente de razonabilidad la restricción horaria de funcionamiento respecto al giro “restaurante con venta de licor” establecida en la Ordenanza expedida por la Municipalidad Distrital de Miraflores, en tanto que dicha entidad no cumplió con acreditar la existencia de un problema que afecte la tranquilidad, salud o medioambiente en todo el distrito. Tampoco realizó una evaluación de los impactos negativos o positivos que se generarían a los agentes afectados, ni la existencia de otras medidas menos costosas.

En este caso, ya se encontraba vigente el Decreto Legislativo N°1256, con lo cual, necesariamente el denunciante debió presentar los indicios suficientes para que pueda evaluarse la razonabilidad de la medida cuestionada. Además, estos no debieron encajarse dentro de la lista de que no es considerado como indicio en el referido Decreto. Pese a ello, de lo actuado en el expediente no se advierten los fundamentos que llevaron a que en un caso se considere que los indicios presentados por la denunciante calificaban como suficientes, evidenciándose el componente de discrecionalidad que ha sido desarrollado a lo largo del presente trabajo,

Finalmente, en la Resolución N° 0144-2012/SC1-INDECOPI, la Sala evaluó la razonabilidad de la medida interpuesta por la Municipalidad Distrital de Barranco consistente en prohibir la existencia de peñas, restaurantes turísticos, discotecas, salones de bailes, entre otros, que operen después de las tres de la madrugada. A consideración de la Sala, la entidad denunciada no debía demostrar la existencia de un problema en el distrito, pues, al ser un distrito pequeño que alberga un número considerable de locales de diversión es de conocimiento público que en múltiples zonas del lugar se producen problemas de ruido.

De los casos descritos queda claro que, tanto lo Comisión como la Sala aplicaron los criterios de la metodología de análisis determinando que las medidas cuestionadas constituían barreras burocráticas carentes de razonabilidad. Lo que todavía es diáfano es que el margen de discrecionalidad – dotado de valoraciones subjetivas- en la toma de sus decisiones conlleva a que puedan afectarse derechos de los agentes económicos.



IV. CONCLUSIONES

- El precedente administrativo es una figura jurídica regulada en la Ley de Procedimiento Administrativo General que no solo se constituye como fuente de derecho sino que vincula las actuaciones de la administración- atendiendo a la predictibilidad y seguridad jurídica-hasta que los criterios fijados por esta sufran alguna variación.
- Mediante el precedente “Taxis Amarillos” emitido por la Sala Defensa de la Competencia del INDECOPI se fijó la metodología de análisis o evaluación para determinar la existencia de una barrera burocrática ilegal o carente de razonabilidad.
- Los criterios de evaluación establecidos en el precedente “Taxis Amarillos” han sido positivizados en el actual Decreto Legislativo N°1256. No obstante, pese a contar con dicho marco normativo, existe un factor que incide en la evaluación: el margen de discrecionalidad de los miembros de la Comisión, así como de la Sala del INDECOPI.
- Las resoluciones desarrolladas en el presente artículo permitieron denotar que la evaluación de razonabilidad realizada por la Comisión y la Sala del INDECOPI podrían estar cargadas de valoraciones subjetivas.

V. BIBLIOGRAFÍA

- CAIRAMPOMA, Alberto (2014) “La regulación de los precedentes administrativos en el ordenamiento jurídico peruano”. En: Revista Derecho PUCP, Número 73.
- DIEZ, Luis (1982) “La doctrina del precedente administrativo”. Revista de Administracion Publica.
- FERNANDEZ, Tomás Ramón (2002) De la Arbitrariedad de la Administración. Editorial Civitas, Cuarta Edición.
- GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo y Tomás Ramón FERNANDEZ (1999) Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial Civitas, Madrid.
- INDACOCHEA, Úrsula (2008) ¿Razonabilidad, proporcionalidad o ambos? Una propuesta de delimitación de sus contenidos a partir del concepto de ponderación. En: Revista Themis, Número 55, pp. 97-108.
- MARAVI, Milagros (2013) Análisis de las funciones del INDECOPI a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos. Primera Edición.
- MAURER, Hartmut (2009) “Derecho Administrativo: Parte General”. Decimoséptima edición, Marcial Pons.
- OCHOA, Francisco (2014) Fundamentos del Procedimiento de Eliminación de Barreras Burocráticas. En: Revista de Competencia y Propiedad Intelectual del INDECOPI, Año 10, Número 19, Pp. 1-56.
- PAREJO, Luciano (1993) Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias. Editorial Tecnos, Madrid.

- RUBIO, Marcial (2006) El Estado Peruano según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- SPARROW, Brenda y Javier RIZOPATRON (2014) La importancia de los lineamientos, precedentes de observancia obligatoria y resoluciones publicadas de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas. En: Revista de Competencia y Propiedad Intelectual del INDECOPI, Año 10, Número 19, pp. 107-128.
- TIRADO, José (2017) Análisis del Decreto Legislativo N° 1256, que aprueba la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas. Gaceta Jurídica, Primera Edición.
- UGAS, Sofia y Giuliana PAREDES (2014) El análisis de razonabilidad a través de los pronunciamientos del INDECOPI. Cómo evitar medidas impuestas utilizando el “*detin marin de do pingue*”. En: Revista de Competencia y Propiedad Intelectual del INDECOPI, Año 10, Número 19. Pp.79-105.
- ZEGARRA, Diego (2006) Control Judicial de la discrecionalidad administrativa: viejo problema y nuevo *excursus* (sus alcances en la Doctrina Española). En: Revista de Derecho Administrativo, Número 1, pp.33-62.