

# EL ANÁLISIS DE RAZONABILIDAD A TRAVÉS DE LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL INDECOPI: CÓMO EVITAR MEDIDAS IMPUESTAS UTILIZANDO EL «DETIN MARIN DE DO PINGÜE»\*

SOFÍA UGÁS SOBARZO<sup>1</sup>  
GUILLIANA PAREDES FIESTAS<sup>2</sup>

## Resumen

*El presente artículo tiene por objeto dar a conocer la metodología de análisis que la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (en adelante, CEB) y la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en adelante, Sala) del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, Indecopi) deben seguir para determinar si un acto o disposición administrativa constituye una barrera burocrática carente de razonabilidad. Para tal efecto se explicarán los criterios generales establecidos por la Sala en 1997 a través del precedente de observancia obligatoria, conocido comúnmente como el precedente de «Taxis Amarillos» (Resolución 182-97/TDC) y se detallará cómo los mismos han sido desarrollados y precisados a través de sus pronunciamientos.*

*El artículo se enfoca principalmente en los tres tipos de indicios que los denunciantes pueden presentar para que la autoridad realice dicho análisis, así como en el primer filtro de razonabilidad (interés público), pues son las etapas en las que existen mayores criterios y pronunciamientos por parte del Indecopi. Finalmente se explicará en qué consisten el segundo y el tercer filtro de razonabilidad (proporcionalidad y medida menos gravosa) y se esbozarán algunas dudas sobre el alcance de la competencia del Indecopi en estos dos filtros, las cuales deberán ser dilucidadas por la Sala cuando las entidades cuenten con estudios de análisis costo-beneficio elaborados de manera previa a la imposición de la medida, situación que aún no se presenta.*

**Palabras clave:** burocracia, barreras burocráticas, derecho de la competencia, razonabilidad, interés general, proporcionalidad.

---

\* Las opiniones vertidas en este artículo representan la visión exclusiva las autoras sobre las diferentes materias abordadas y no comprometen en modo alguno la posición de los órganos resolutivos y otras áreas de la institución.

<sup>1</sup> Magíster en Derecho y Economía por la Universidad de Hamburgo y la Universidad de Rotterdam. Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha trabajado en la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi y actualmente se desempeña como Subjefa de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia de dicha institución. E-mail: sugas@indecopi.gob.pe.

<sup>2</sup> Abogada por la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo de Chiclayo. Se desempeña como Ejecutivo I de la Secretaría Técnica de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia. E-mail: gparedes@indecopi.gob.pe.

## I. INTRODUCCIÓN

En *El misterio del capital*, De Soto (2000) ejemplificó algunos de los obstáculos que los agentes económicos debían enfrentar para iniciar un negocio en el Perú. Sus descubrimientos fueron espeluznantes: 289 días para constituir una empresa con un costo equivalente a 31 salarios mínimos (casi 7 años), 207 procedimientos ante 52 oficinas gubernamentales para obtener un permiso de construcción en un predio de propiedad pública y 728 pasos para ser reconocido como propietario del terreno. La pregunta que surge intuitivamente es: ¿todos estos trámites y costos eran necesarios? Antes de imponer estas medidas, ¿el Estado evaluó el impacto de las mismas y determinó cómo se lograrían los objetivos que buscaba alcanzar? ¿Los estudios concluían que los beneficios superaban los costos proyectados?

Lamentablemente la respuesta usual es un rotundo no o viene acompañada de la siguiente frase: «la medida no genera ningún gasto al erario nacional». Esta afirmación es falsa, pues imponer una regulación genera costos. A diferencia de lo que comúnmente se piensa, estos no solo recaen en los agentes económicos a los que se les impone, sino también en el Estado, quien debe supervisar su cumplimiento.

La regulación también puede afectar a la ciudadanía, pues las empresas suelen trasladar el sobrecosto de las trabas burocráticas a través del precio, y por otro lado se disminuye el número de competidores en el mercado en tanto disuade a las empresas de ingresar o permanecer en él. Por ende, los consumidores ven reducida su gama de elección y la posibilidad de tener precios más bajos. Adicionalmente, las altas barreras de entrada están relacionadas con el crecimiento de la economía informal.

Con la finalidad de reducir los impactos negativos de estas trabas ilegales e innecesarias en el Perú, en 1992 se creó el «Procedimiento de eliminación de barreras burocráticas», un mecanismo sui generis de revisión *ex post* de actos y disposiciones emitidas por entidades de la Administración Pública<sup>3</sup> a cargo de la CEB<sup>4</sup> y de la Sala<sup>5</sup>.

Sin embargo, ¿cómo determina la CEB o la Sala que un acto o disposición administrativa es ilegal o carente de razonabilidad?<sup>6</sup>. En 1997 la Sala emitió la Resolución N.º 182-97-TDC,

<sup>3</sup> La definición de «entidad de la Administración Pública» se encuentra en el artículo I del Título Preliminar de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

<sup>4</sup> De acuerdo al Decreto Legislativo N.º 1033, la CEB está compuesta por cuatro miembros nombrados por el Consejo Directivo del Indecopi por un periodo de cinco años. Dicho órgano es apoyado por una Secretaría Técnica.

<sup>5</sup> Según el Decreto Legislativo N.º 1033, la Sala está compuesta por cinco vocales designados por Resolución Suprema, refrendada por el presidente del Consejo de Ministros, a propuesta del Consejo Directivo del Indecopi, previa opinión del Órgano Consultivo. Al igual que la CEB, la Sala es apoyada por una Secretaría Técnica.

<sup>6</sup> Esta pregunta no pudo ser resuelta al momento en que la CEB fue creada en 1992, debido a que el legislador se limitó a mencionar el alcance de su competencia en un único artículo del Decreto Ley N.º 25868, Ley de

precedente de observancia obligatoria, conocido comúnmente como el precedente de «Taxis Amarillos». En él, la Sala determinó la metodología de análisis que se debía seguir para resolver un procedimiento de eliminación de barreras burocráticas siempre que no esté vinculado con tributos<sup>7</sup>. Adicionalmente, estableció la carga probatoria que recae sobre las partes del procedimiento.

Han pasado dieciocho años desde la aprobación del precedente y, si bien el mismo sigue vigente, la Sala ha complementado los criterios a través de varios de sus pronunciamientos. El problema es que la información se encuentra dispersa en distintas resoluciones, por lo que no es de fácil acceso para los administrados.

Este artículo tiene como objeto dar a conocer, en un único documento, los criterios que ha adoptado la Sala a través de sus pronunciamientos para realizar el análisis de razonabilidad, de acuerdo a lo señalado en el precedente de taxis amarillos. Este trabajo dará mayor énfasis a aquellas etapas del análisis en las que existen más criterios y pronunciamientos de la Sala.

## II. PRELACIÓN DEL ANÁLISIS: PRIMERO LEGALIDAD, LUEGO RAZONABILIDAD

De acuerdo al precedente de taxis amarillos, en aquellos casos en los que se cuestione que una exigencia, requisito, limitación o prohibición constituye una barrera burocrática ilegal y a su vez carente de razonabilidad, la CEB y la Sala tienen la obligación de evaluar, en primer lugar, la legalidad de la medida cuestionada.

Así, lo primero que determinan es si la medida fue impuesta siguiendo los procedimientos y formalidades establecidas por el ordenamiento jurídico para su imposición<sup>8</sup> (legalidad de forma). Por ejemplo, si la norma fue publicada en el diario oficial *El Peruano* o en el diario encargado de avisos judiciales, según corresponda. Adicionalmente, evalúan si la medida fue impuesta por la entidad competente y si la misma se encuentra acorde con el

---

Organización y Funciones del Indecopi (artículo 26 BIS), sin definir los conceptos vinculados a esta materia o los aspectos que debían ser evaluados para resolver los procedimientos a su cargo.

<sup>7</sup> El precedente de taxis amarillos señala lo siguiente: «[...] aplicable a los casos en los que esta Sala debe determinar si aquellas exigencias impuestas por las entidades integrantes de la Administración Pública, *que no establecen tributos*, constituyen barreras que limitan ilegal o irracionalmente el libre acceso al mercado» (cursiva nuestra). Pese a ello, la Sala suele utilizar dicho precedente de manera referencial en los casos en los que se discute la legalidad o razonabilidad del cobro de una tasa. Sobre el particular, véanse las Resoluciones N.º 0929-2013/SDC-Indecopi y N.º 0032-2015/SDC-Indecopi.

<sup>8</sup> Sobre casos resueltos por la Sala en los que se declaró que una barrera burocrática es ilegal por razones de forma véanse, a manera de ejemplo, las Resoluciones N.º 0653-2014/SDC-Indecopi y N.º 0543-2014/SDC-Indecopi.

marco legal vigente<sup>9</sup> (legalidad de fondo). Este análisis es bastante complejo pues supone contrastar el acto o la disposición denunciada con todas las normas del ordenamiento jurídico peruano y no solo con las que fueron alegadas por el denunciante<sup>10</sup>.

Como regla general, en los procedimientos en los que la CEB o la Sala declaran que la barrera burocrática es ilegal ya no se continúa con el análisis de razonabilidad porque se entiende que la pretensión del denunciante (que se declare fundada su denuncia y se disponga de la inaplicación de la barrera a su caso en concreto) fue satisfecha<sup>11</sup>. No obstante, existen casos en los que, dada la envergadura de la exigencia, requisito o limitación denunciada, la Sala considera conveniente realizar, adicionalmente, el análisis de razonabilidad. En estos procedimientos, la CEB o la Sala declaran que la medida cuestionada es una barrera burocrática ilegal y, a su vez, carente de razonabilidad. Cabe precisar que esta prerrogativa no resulta contraria al precedente de taxis amarillos y solo es utilizada en casos excepcionales, como los que se detallan en la Tabla n.º I, dada la trascendencia o impacto significativo que pueda tener la medida.

### TABLA N.º I

#### PRONUNCIAMIENTOS EN LOS QUE LA SALA HA DECLARADO QUE LA BARRERA BUROCRÁTICA ES ILEGAL Y CARENTE DE RAZONABILIDAD

N.º DE RESOLUCIÓN	SECTOR	BARRERA BUROCRÁTICA DECLARADA ILEGAL Y CARENTE DE RAZONABILIDAD
0026-2012/SCI-Indecopi	Educación	Exigencias relacionadas con el proceso de admisión a los institutos y escuelas de educación superior tecnológica.
0278-2015/SDC-Indecopi	Salud	Restricción de utilizar el término «Farmacia» en la razón social y/o nombre comercial de un establecimiento farmacéutico en tanto no cuente con un químico farmacéutico como propietario del mismo.

Fuente: Resoluciones de la Sala.  
Elaboración propia.

<sup>9</sup> Sobre casos resueltos por la Sala en los que se declaró que una barrera burocrática es ilegal por razones de fondo véanse, a manera de ejemplo, las Resoluciones N.º 0411-2014/SDC-Indecopi, N.º 0654-2014/SDC-Indecopi y N.º 0748-2014/SDC-Indecopi.

<sup>10</sup> En virtud al principio *iura novit curia* y dado que se cuestiona la legalidad de un acto o disposición, podría darse el caso de que la medida cuestionada no sea ilegal por el argumento presentado por el denunciante pero sí por otra norma del ordenamiento jurídico. Por tanto, corresponde a la CEB y la Sala resolver el procedimiento aplicando esta última.

<sup>11</sup> Sobre pronunciamientos en los que la Sala declaró ilegal una barrera burocrática y no continuó con el análisis de razonabilidad de la misma véanse las Resoluciones N.º 0554-2014/SDC-Indecopi, N.º 0641-2014/SDC-Indecopi y N.º 0711-2014/SDC-Indecopi.

Consideramos que el orden de prelación del precedente se justifica en que ambas instancias, como órganos integrantes de la Administración Pública, están obligadas a respetar el principio de legalidad establecido en la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, bajo el apercibimiento que sus pronunciamientos sean declarados nulos. Por tanto, están obligadas a verificar si la barrera burocrática es contraria a ley.

En el supuesto de que se cambiara el orden de prelación de análisis para que primero se realice el análisis de razonabilidad y luego el de legalidad se llegaría a un resultado ineficiente. Así, incluso en el caso que la CEB o la Sala consideraran que la medida cuestionada es razonable (persigue un interés público, es idónea, proporcional y la medida menos gravosa), de constatar que la misma contraviene una norma del ordenamiento jurídico tendrían necesariamente que declarar fundada la denuncia. En este escenario, los recursos escasos de ambas instancias (tiempo y personal) se habrían perdido inútilmente. Por tanto, el actual orden de prelación es el más eficiente.

### III. INDICIOS SOBRE LA PRESUNTA CARENCIA DE RAZONABILIDAD DE LA BARRERA BUROCRÁTICA

En el precedente de taxis amarillos, la Sala señaló que no basta con que se declare que la barrera burocrática es legal para que se realice el análisis de razonabilidad. De manera previa, ambas instancias deben determinar si el denunciante aportó elementos de juicio suficientes (indicios) que dan cuenta de que la medida denunciada es discriminatoria, arbitraria o desproporcionada. Solo cuando la CEB o la Sala se ven persuadidas por los indicios presentados por los denunciantes podrán realizar el análisis de razonabilidad.

Con relación a la oportunidad en la que el denunciante debe aportar estos indicios, la segunda instancia indicó que deben ser presentados antes de la admisión a trámite de la denuncia, en tanto la resolución de admisorio fija la materia controvertida. Es así que, en algunos pronunciamientos<sup>12</sup>, la Sala declaró improcedentes los cuestionamientos presentados de manera posterior al inicio del procedimiento, al amparo de lo establecido en los artículos 428 y 438 del Código Procesal Civil<sup>13</sup>, norma de aplicación supletoria a la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

<sup>12</sup> Cf. Resoluciones N.º 618-2014/SDC-Indecopi, N.º 0749-2014/SDC-Indecopi y N.º 0224-2015/SDC-Indecopi.

<sup>13</sup> Código Procesal Civil:  
Artículo 428.

El demandante puede modificar la demanda antes que esta sea notificada.

Puede, también, ampliar la cuantía de lo pretendido si antes de la sentencia vencieran nuevos plazos o cuotas originadas en la misma relación obligacional, siempre que en la demanda se haya reservado tal derecho. A este efecto, se consideran comunes a la ampliación los trámites precedentes y se tramitará únicamente con un traslado a la otra parte.

Iguales derechos de modificación y ampliación tiene el demandado que formula reconvencción.

Sin embargo, ¿qué debe entenderse por un «indicio razonable» de la carencia de razonabilidad de una medida? A través de sus pronunciamientos, la Sala ha tratado de dar contenido a cada uno de los tipos de indicios a los que hace referencia el precedente, conforme se detalla a continuación.

## I. La barrera burocrática es discriminatoria

### I.1. ¿Indicio de razonabilidad o cuestionamiento de legalidad?

Lo primero que llama la atención es el hecho que en el precedente de taxis amarillos se haya considerado que los tratos discriminatorios contenidos en disposiciones administrativas califican como un indicio de la presunta carencia de razonabilidad de una barrera burocrática y no como un aspecto que debe ser evaluado dentro del análisis de legalidad.

Recordemos que al momento de la aprobación del precedente de taxis amarillos en 1997 ya se encontraba vigente el Decreto Legislativo N.º 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada<sup>14</sup>, el cual en su artículo 12 prohibió al Estado establecer tratamientos discriminatorios entre inversionistas y empresas, en razón de sectores o de tipos de actividades económicas<sup>15</sup>. Por tanto, si un denunciante cuestiona la carencia de razonabilidad de una medida alegando que es discriminatoria, consideramos que la CEB o la Sala podrían eventualmente encauzar dicho pedido como un cuestionamiento de legalidad por una presunta vulneración al artículo 12 del Decreto Legislativo N.º 757; y, en caso de que corroboren que existe un tratamiento desigual entre iguales<sup>16</sup>, pueden declarar fundada la denuncia por la imposición de una barrera burocrática ilegal.

---

#### Artículo 438.

El emplazamiento válido con la demanda produce los siguientes efectos:

[...]

2. El petitorio no podrá ser modificado fuera de los casos permitidos en este Código.
3. No es jurídicamente posible iniciar otro proceso con el mismo petitorio.
4. Interrumpe la prescripción extintiva.

<sup>14</sup> El Decreto Legislativo N.º 757 fue publicado en el diario oficial *El Peruano* el 13 de noviembre de 1991.

<sup>15</sup> Decreto Legislativo N.º 757:

#### Artículo 12.

El Estado no establece tratamientos discriminatorios ni diferenciados en materia cambiaria, precios, tarifas o derechos no arancelarios, entre los inversionistas y las empresas en que estos participen ni basándose en sectores o tipo de actividad económica o en la ubicación geográfica de las empresas. Tampoco podrá establecerlos entre las personas naturales nacionales o extranjeras.

<sup>16</sup> Al respecto, cabe indicar que en la Sentencia recaída en el Expediente N.º 02437-2013-PA/TC, el Tribunal Constitucional precisó que «la igualdad jurídica presupone pues dar un trato igual a lo que es igual y desigual a lo que no lo es. De modo que se afecta a esta no solo cuando frente a situaciones sustancialmente iguales se da un trato desigual [discriminación directa, indirecta o neutral, etc.], sino también cuando frente a situaciones sustancialmente desiguales se brinda un trato igualitario [discriminación por indiferenciación]».

Ello, más aún si existen pronunciamientos en los que la CEB y la Sala han declarado que una medida es una barrera burocrática ilegal por contravenir el artículo 12 del Decreto Legislativo N.º 757 cuando ha sido denunciado como un argumento de ilegalidad. A manera de ejemplo, se reseñan dos de estos casos.

– Caso hoteles de cuatro estrellas

En 2013,<sup>17</sup> la Sala declaró que la exigencia impuesta por la Municipalidad Metropolitana de Lima de contar con una clasificación mínima de un hotel de cuatro (4) estrellas para operar un hospedaje en el distrito de San Borja constituía una barrera burocrática ilegal que contravenía la prohibición de trato discriminatorio contenida en el artículo 12 del Decreto Legislativo N.º 757.

La medida impuesta excluía y restringía el acceso al mercado de los otros proveedores de hospedaje en función de su condición económica o de la presunción sobre la calidad de sus servicios, sin que exista alguna justificación objetiva para ello. La Sala indicó que el hecho que los establecimientos de hospedaje cuenten con una, dos o tres estrellas no implica que incumplan con los estándares mínimos de higiene, seguridad industrial, medio ambiente y salud.

– Caso estudio de factibilidad de mercado para prestar el servicio de transporte interprovincial de pasajeros

Existen numerosos pronunciamientos<sup>18</sup> en los que la Sala ha declarado que la exigencia impuesta por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones a las empresas de transporte de presentar un estudio de factibilidad de mercado como requisito para prestar el servicio de transporte público regular de personas de ámbito nacional en rutas que tengan como origen y/o destino las provincias de Lima y/o Callao es una barrera burocrática ilegal que contraviene el artículo 12 del Decreto Legislativo N.º 757.

La razón es que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones no justificó el motivo por el que solo exige este requisito a las empresas de transporte que tienen como ruta de entrada o salida a Lima y al Callao y no a otras que prestan el mismo servicio (transporte interprovincial de pasajeros a nivel nacional) pero en una ruta distinta.

### *1.2. Como indicio de carencia de razonabilidad*

Sin perjuicio que, como se señaló anteriormente, la CEB y la Sala podrían eventualmente encauzar los cuestionamientos de discriminación como un argumento sobre la presunta

<sup>17</sup> Cf. Resolución N.º 0011-2013/SDC-Indecopi.

<sup>18</sup> Cf. Resoluciones N.º 1012-2013/SDC-Indecopi, N.º 0067-2014/SDC-Indecopi, N.º 0378-2014/SDC-Indecopi y N.º 0017-2015/SDC-Indecopi.

ilegalidad de la medida, a la fecha, el trato discriminatorio aún es considerado por los denunciantes como un indicio de la carencia de razonabilidad, en aplicación de lo dispuesto en el precedente de taxis amarillos. Por ello aún existen casos en los que la Sala analiza el presunto trato discriminatorio luego de efectuar el análisis de legalidad. A continuación se reseña uno de estos pronunciamientos.

– Caso restricción del uso del término «Farmacia»

En este caso<sup>19</sup> la Sala evaluó la legalidad y razonabilidad de que el Ministerio de Salud restringiera el uso del término «Farmacia» en la razón social y/o nombre comercial de un establecimiento farmacéutico a menos que el propietario del mismo sea un químico farmacéutico.

Para acreditar la carencia de razonabilidad de la barrera burocrática, el denunciante alegó que la restricción generaba un tratamiento discriminatorio entre los agentes económicos que operaban una farmacia frente a los que operaban una botica. Ello, por cuanto el artículo 2 del Reglamento de Establecimientos Farmacéuticos calificaba a ambas dentro de la categoría de «Oficinas Farmacéuticas» en las que se expenden productos farmacéuticos al usuario final y en las que el director técnico del local es un profesional químico farmacéutico. Sin embargo, la exigencia que, adicionalmente, el propietario del local sea un químico farmacéutico solo era aplicada a las primeras. Asimismo, el denunciante indicó que la norma establecía un trato discriminatorio entre aquellos agentes económicos que contaran con farmacias autónomas de aquellos que tuvieran farmacias ubicadas dentro de un establecimiento de salud, ya que a estos últimos tampoco se les exigía que fueran propiedad de un químico farmacéutico, sin que exista alguna justificación objetiva.

La Sala no encauzó el pedido de la denunciante como una presunta contravención al Decreto Legislativo N.º 757, sino que analizó este aspecto como un indicio de la carencia de razonabilidad de la barrera burocrática denunciada.

### *1.3. Propuesta*

El presunto tratamiento discriminatorio de una entidad de la Administración Pública a un agente económico puede evaluarse tanto en el análisis de legalidad como en el de razonabilidad, a partir de lo señalado en el precedente de taxis amarillos. Sin embargo, dado que la CEB y la Sala tienen encargado tutelar el Decreto Legislativo N.º 757 de manera expresa por el artículo 26 BIS del Decreto Ley N.º 25868, consideramos solo debería ser evaluado dentro del análisis de legalidad.

---

<sup>19</sup> Cf. Resolución N.º 0278-2015/SDC-Indecopi.

Por tanto, recomendamos que se modifique el precedente de taxis amarillos en este sentido y se elimine la referencia a un presunto trato discriminatorio como un indicio de carencia de razonabilidad. Mientras tanto se sugiere a la CEB y a la Sala que encaucen este tipo de cuestionamientos como un argumento sobre la presunta ilegalidad de la barrera burocrática.

## 2. Arbitrariedad como indicio

El segundo tipo de indicio al que hace referencia el precedente de taxis amarillos es el de arbitrariedad, el cual es el más alegado por los denunciante para cuestionar la carencia de razonabilidad de un acto o disposición administrativa.

Para darle contenido a este concepto se puede utilizar la definición dada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N.º 0090-2004-AA/TC, en la que señaló lo siguiente:

Un acto arbitrario es aquella decisión caprichosa, vaga e infundada desde la perspectiva jurídica, la cual es contraria a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Sin embargo, surge la duda: ¿cómo puede acreditar el denunciante, a nivel indiciario, que la medida cuestionada fue emitida sin razón o fundamento? Trataremos de responder a esta interrogante utilizando como ejemplo: (i) dos procedimientos en los que la Sala consideró que los denunciante cumplieron con aportar indicios suficientes y razonables acerca de la presunta arbitrariedad de la medida, y (ii) un caso en el que la entidad desacreditó el indicio presentado por el denunciante durante el procedimiento y ello ocasionó que la Sala no realice dicho análisis.

### – Caso restricción de tránsito en Cusco<sup>20</sup>

En 2013 una empresa dedicada a la elaboración de cerveza cuestionó que la restricción de circulación de vehículos cuyo peso excediera los 8 500 kg en ciertas zonas de Cusco (circundantes a su planta) era una barrera burocrática carente de razonabilidad, debido a que la ordenanza que la contenía no tenía sustento técnico.

La denunciante argumentó que los considerandos de la ordenanza y los informes elaborados por la Municipalidad Provincial del Cusco no tenían un sustento para la restricción denunciada ni señalaban los motivos por los que la municipalidad eligió ese peso en particular. Asimismo, señaló que en los informes solo se hacía referencia a un presunto problema de deterioro de pavimento en ciertas calles de Cusco pero

<sup>20</sup> Cf. Resolución N.º 0740-2014/SDC-Indecopi.

no existía ninguna especificación técnica respecto a las características del asfalto o las causas del supuesto deterioro.

De otro lado, indicó que la municipalidad no probó que el presunto daño hubiese sido causado por vehículos con un peso mayor a los 8 500 kg, ni cómo la medida impuesta podía solucionar la problemática. Mencionó que, por el contrario, como consecuencia de la restricción y dado que le era necesario transitar por dichas calles para llegar a su planta, iba a tener que incrementar el número de viajes mensuales de 732 a 5 003, ocasionando que el supuesto deterioro de la capa asfáltica se agrave y se aumente el tránsito vehicular.

La Sala constató lo mencionado por la denunciante respecto a los considerandos de la ordenanza y los informes presentados por la municipalidad durante el procedimiento, concluyendo que los argumentos aportados eran indicios suficientes acerca de la presunta arbitrariedad de la barrera burocrática cuestionada. Por tanto, realizó el análisis de razonabilidad en este caso.

– Caso oxígeno medicinal<sup>21</sup>

En 2010 tres empresas cuestionaron que la prohibición impuesta por el Ministerio de Salud de comercializar oxígeno medicinal en el país con una concentración menor al 99% era una barrera burocrática carente de razonabilidad.

Los denunciantes indicaron que el ministerio no tenía ninguna evidencia de que el uso de oxígeno medicinal en una concentración menor (93%) causara daño a la salud de los pacientes. Por el contrario, refirieron que desde 2009 la farmacopea de Estados Unidos reconoció la posibilidad de utilizar oxígeno con un grado de concentración del 93%. Asimismo indicaron que los órganos asistenciales del propio Estado Peruano producían y utilizaban oxígeno medicinal de 93% para tratar pacientes y, de acuerdo a un oficio emitido por la Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas-DIGEMID, cuya copia adjuntó a su denuncia, nunca hubo un reporte adverso a este tipo de concentración.

La Sala consideró que los argumentos de las denunciantes y el documento presentado calificaba como un indicio razonable sobre la presunta carencia de razonabilidad de la barrera burocrática cuestionada, generando que la carga de la prueba se invierta y sea la entidad denunciada la que pruebe la razonabilidad de su medida.

<sup>21</sup> Cf. Resolución N.º 1232-2013/SDC-Indecopi.

Si bien en los dos ejemplos anteriores los agentes económicos presentaron indicios que fueron considerados suficientes para acreditar la presunta carencia de razonabilidad de las barreras burocráticas denunciadas, también existen casos en los que el indicio presentado por el denunciante ha sido desacreditado por la entidad denunciada durante el procedimiento y, por tanto, la Sala no continuó con el análisis de razonabilidad. Ello ocurrió en el caso que se reseña a continuación.

– Caso circuito de manejo de las escuelas de conductores<sup>22</sup>

En 2014 una empresa cuestionó que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones le exija contar con un circuito de manejo con características especiales establecidas en una resolución directoral para operar como una escuela de conductores. Uno de los argumentos de la denunciante era que el ministerio no pretendía proteger algún fin o interés público con esta medida.

A diferencia de lo alegado por la denunciante, la Sala constató que en los considerandos de la resolución directoral se hacía referencia expresa a la existencia de un informe que sustentaba la medida, el cual fue presentado por el ministerio durante el procedimiento. De la revisión del informe, la segunda instancia pudo constatar que dicho documento fue elaborado de manera previa a la imposición de la medida e indicaba de manera expresa que esta tenía por objeto solucionar el problema de diseño de los circuitos de manejo y adecuarlos a la realidad nacional, así como garantizar los siguientes fines públicos: (i) brindar conocimientos prácticos, destrezas y habilidades necesarias a los postulantes para obtener una licencia de conducir para vehículos motorizados de transporte terrestre, y (ii) impartir formación orientada hacia la conducción responsable y segura.

Por tanto, dado que se corroboró que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones emitió la medida cuestionada basándose en un estudio de fecha anterior a su imposición en el que se especificó de manera expresa el objeto de la norma y el fin público a tutelar, el colegiado indicó que el argumento de la denunciante no podía ser considerado como un indicio sobre la presunta carencia de razonabilidad de la barrera burocrática.

### **3. Medida desproporcionada como indicio**

El tercer indicio de carencia de razonabilidad al que hace referencia el precedente de taxis amarillos consiste en que la medida sea desproporcionada, es decir excesiva para conseguir los fines que se pretenden tutelar.

Para acreditar este indicio, los denunciantes usualmente presentan ejemplos de medidas alternativas que pudieron haber sido adoptadas por la autoridad para solucionar el

<sup>22</sup> Cf. Resolución N.º 0306-2015/SDC-Indecopi.

problema alegado a un menor costo o con un impacto menor en los agentes económicos. Así, es común que en los casos de restricciones de horario de funcionamiento en los que las municipalidades alegan que protegen la tranquilidad de los vecinos contra los ruidos molestos, las empresas señalen que dicha restricción es desproporcionada por los siguientes motivos: (i) no resulta posible que los ruidos molestos se presenten en todo el distrito, por lo que la municipalidad podría haber establecido la restricción solo en la «zona problema» y no de manera generalizada, o (ii) la municipalidad pudo haber multado o clausurado a los locales que exceden los decibeles permitidos y causan el problema en vez de afectar a aquellos establecimientos que sí cumplen con las normas municipales.

A continuación se reseña un caso en el que el denunciante presentó indicios sobre la presunta desproporción de la barrera burocrática denunciada, los cuales fueron aceptados por la Sala, y otro pronunciamiento en el que el colegiado desestimó el argumento aportado por el denunciante.

– Caso terminales terrestres

Desde 2009 hasta la fecha, diversos agentes económicos que desean desarrollar o que se encuentran prestando el servicio de transporte terrestre de pasajeros a nivel nacional han denunciado que la exigencia de contar con terminales terrestres en el punto de partida y llegada de sus rutas, así como en cada parada autorizada impuesta en el Decreto Supremo N.º 017-2009-MTC, Reglamento Nacional de Administración de Transporte del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, es una barrera burocrática carente de razonabilidad.

En dichos casos<sup>23</sup> los denunciantes alegan que si bien la medida puede ser necesaria en zonas del país donde se presentan problemas de inseguridad o congestión vehicular, en las rutas en las que operan estos problemas no se presentan pues los pueblos en los que recogen pasajeros no cuentan con agua, luz o camino asfaltado, por lo que no se justifica el contar con un terminal terrestre. Asimismo, los denunciantes refieren que la obligación impuesta perjudica principalmente a los ciudadanos de estas zonas pues las empresas de transporte deciden dejar de prestar sus servicios en esas localidades o continuar prestándolos de manera informal, sin cumplir con las garantías mínimas de seguridad.

– Caso escuelas de conductores

En 2014 una empresa cuestionó que la exigencia de las características especiales del circuito de manejo como condición para operar una escuela de conductores impuesta

---

<sup>23</sup> Cf. Resoluciones N.º 0661-2012/SC1-Indecopi, N.º 0423-2014/SDC-Indecopi y N.º 0165-2015/SDCIndecopi.

por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones es ilegal y carente de razonabilidad. Con la finalidad de sustentar la supuesta desproporción de la medida, indicó que implementar dichas características resultaba oneroso.

En la Resolución N.º 0306-2015/SDC-Indecopi, la Sala indicó que dicho argumento no podía ser considerado como un indicio sobre la presunta carencia de razonabilidad de la barrera burocrática denunciada. Ello por cuanto la implementación de cualquier obligación por parte del Estado puede generar costos hacia los particulares. Sin embargo, no implica que la misma sea carente de razonabilidad *per se*.

#### **4. Recomendación y comentarios finales sobre los indicios de carencia de razonabilidad**

Como se ha podido observar, la carga de la prueba impuesta a los denunciantes para cuestionar la carencia de razonabilidad de un acto o disposición administrativa es elevada pues debe estar debidamente motivada para crear convicción en los comisionados de la CEB o en los vocales de la Sala. Incluso para acreditar el indicio de desproporción se necesita que el denunciante argumente adecuadamente qué otras medidas hubieran sido igualmente satisfactorias para proteger el interés público.

Cabe recordar que en los procedimientos seguidos ante el Indecopi no es necesario contar con un abogado<sup>24</sup>, por lo que los denunciantes podrían tener dificultades para presentar indicios suficientes sin un asesoramiento adecuado. Para hacer frente a este problema algunos administrados han optado por investigar, de manera previa a la interposición de su denuncia, si la barrera burocrática que pretenden cuestionar ha sido evaluada previamente por el Indecopi. De ser así, hacen suyos los argumentos de los denunciantes y/o del Indecopi y así tienen la garantía de que la CEB o la Sala pasarán el nivel indiciario y realizarán el análisis de razonabilidad de la barrera burocrática denunciada<sup>25</sup>. Por tanto, los pronunciamientos emitidos por el Indecopi sobre esta materia pueden servir de insumo para potenciales denunciantes.

Si bien las resoluciones de la CEB y de la Sala se encuentran publicadas en portales institucionales<sup>26</sup>, estos podrían ser más amigables y mostrar la información más

<sup>24</sup> Artículo 42 del Decreto Legislativo N.º 807.

<sup>25</sup> Cf. Resolución N.º 0658-2014/SDC-Indecopi.

<sup>26</sup> Las resoluciones de la CEB se encuentran publicadas en el siguiente enlace: [http://www.indecopi.gob.pe/0/home\\_barreras\\_burocraticas.aspx?PFL=3](http://www.indecopi.gob.pe/0/home_barreras_burocraticas.aspx?PFL=3). Están divididas por año y ordenadas por número de resolución. Por su parte, las resoluciones de la Sala se encuentran en el siguiente enlace: <http://systems.indecopi.gob.pe/buscResolucion>. Cabe indicar que no es un portal exclusivo para la Sala sino que también se encuentran los pronunciamientos de las otras tres salas que conforman el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi. En el buscador se ubican los pronunciamientos por número de resolución y año.

procesada. Por ejemplo, permitir una búsqueda por entidad de la Administración Pública denunciada, tipo de barrera burocrática y sector en el que se aplica, entre otros.

## IV. INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

En caso la CEB o la Sala consideren que el denunciante aportó indicios razonables acerca de la presunta carencia de razonabilidad de la barrera burocrática denunciada, la carga de la prueba se invierte y corresponde a la entidad probar que, antes de la imposición de la medida, evaluó lo siguiente:

- (i) El interés público que pretendía tutelar y que la medida impuesta contribuía con el fin propuesto.
- (ii) La magnitud y proporcionalidad de los costos que los agentes económicos tendrían que soportar, así como los efectos que tales cargas tendrían sobre las actividades económicas y los beneficios que se esperaban obtener.
- (iii) Que la exigencia cuestionada es la opción menos gravosa entre otras alternativas para alcanzar el objetivo a un menor costo. Asimismo, que dejó constancia de las razones por las que las otras opciones fueron descartadas.

## V. PRIMER FILTRO DEL ANÁLISIS DE RAZONABILIDAD: INTERÉS PÚBLICO

### I. Definición y alcance

El precedente de taxis amarillos señala que la CEB y la Sala iniciarán la evaluación de razonabilidad determinando si la entidad denunciada acreditó que la barrera cuestionada se justifica en un interés público. Sin embargo, no definió este concepto.

En 2004, en la Sentencia recaída en el Expediente N.º 0090-2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional reconoció que el concepto jurídico de «interés público» es indeterminado en contenido y en extensión y lo definió de la siguiente manera:

*El interés público tiene que ver con aquéllo que beneficia a todos; por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad (...). Como bien refiere Fernando Sainz Moreno (vide supra), en sí misma, la noción de “interés público” se distingue, aunque no se opone, a la noción de “interés privado”. Dicha distinción radica en que, por su capital importancia para la vida coexistencial, el interés público no puede ser objeto de disposición como si fuese privado (...). [sic].*

De una lectura desatenta del precedente de taxis amarillos o de la definición dada por el Tribunal Constitucional, un administrado podría llegar a la conclusión de que basta con que una entidad de la Administración Pública alegue la protección a un interés público para superar este filtro. Sin embargo, en el propio precedente, la Sala indicó que, además de invocar la protección de un interés público, la entidad debe acreditar la existencia de un problema que afecta a dicho interés y que la medida adoptada es idónea para solucionar el problema.

Cabe indicar que ello se condice con lo señalado por el Tribunal Constitucional en la sentencia antes reseñada<sup>27</sup>, pues en esta también se indica que, pese a que las entidades tienen la facultad de determinar aquello que afecta al interés público, no se les permite invocar este concepto de manera abstracta. Necesariamente deben justificar, de manera concreta y específica, los motivos para utilizarlo.

## 2. Nivel probatorio exigido para acreditar el problema

Es un criterio pacífico para la Sala que las entidades deben probar: (i) la existencia de un problema que hace necesario que se imponga la medida, y (ii) que esta exigencia, requisito o prohibición es idónea para solucionar el mismo. Sin embargo, han existido discrepancias respecto al nivel de rigurosidad con el que se deben evaluar los medios probatorios presentados por las entidades de la Administración Pública para acreditar la existencia del problema. A continuación se reseña un pronunciamiento en el que se muestran los distintos puntos de vista de los vocales de la Sala sobre este aspecto.

### – Caso Vivanderas

En la Resolución N.º 0922-2009/SCI-Indecopi, la Sala evaluó la razonabilidad de la prohibición de consumir y vender bebidas alcohólicas en el sector vivanderas del complejo de mercados de Piura impuesta por la municipalidad provincial en 2007<sup>28</sup>.

La entidad se defendió indicando que pretendía proteger la seguridad de los vecinos. Para acreditar lo alegado presentó lo siguiente: (i) copia de un escrito presentado por una asociación de comerciantes a la Comisaría de Piura en 2003, en el que solicitaban apoyo policial por ser víctimas de constantes robos en zonas colindantes al sector vivanderas, y (ii) copias de escritos remitidos por la asociación de comerciantes a la

<sup>27</sup> En la Sentencia recaída en el Expediente N.º 0090-2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional también señaló lo siguiente:

[...] el ejercicio de una potestad discrecional debe acompañarse de una motivación que muestre puntualmente el nexo coherente entre el medio adoptado y el interés general circunscrito al que apunta [...] quedando excluida toda posibilidad de arbitrariedad. [sic]

<sup>28</sup> Si bien la prohibición cuestionada había sido impuesta desde 2003 mediante Ordenanza N.º 003-2003-C/PP, en ese año se estableció una excepción de su aplicación al sector Vivanderas. Sin embargo, esa excepción fue dejada sin efecto a través de la Ordenanza N.º 013-2007-C/PP.

Defensoría del Pueblo, al diario *Enfoque*, al diario *La Hora* y a la municipalidad en 2004, en los que comunicaban la existencia de robos y crímenes en los sectores colindantes al mercado, así como la presencia de delincuentes que consumían bebidas alcohólicas y drogas en exceso.

En dicha oportunidad, la Sala en mayoría consideró que la Municipalidad Provincial de Piura cumplió con acreditar la existencia de una problemática que afectaba la seguridad en el sector vivanderas. Al respecto, hizo mención que era «de público conocimiento» los altos niveles de delincuencia, drogadicción y alcoholismo que, desde tiempo atrás, habían existido en dicha zona, lo cual se vería sustentado en los documentos presentados por la municipalidad y en una nota periodística del diario *El Tiempo* de 1998.

Dos vocales de la Sala emitieron un voto en discordia en el que señalaron que para superar el primer filtro de razonabilidad no bastaba que la autoridad hiciera referencia a un interés público de manera abstracta y presente algunas quejas de vecinos. Refirieron que, en estos casos, hacía falta que la entidad demuestre técnicamente las razones por las cuales invocaba la protección a dicho interés. Así, indicaron que la municipalidad debió presentar documentación que consigne, por ejemplo, estadísticas vinculadas con el problema alegado, la población afectada, las variables a considerar para su solución y, en general, todos aquellos elementos que demuestren una medición objetiva de las circunstancias y no solo una apreciación subjetiva de la autoridad<sup>29</sup>.

Consideramos que actualmente la Sala, conformada por vocales distintos a los que resolvieron el Caso Vivanderas, tiene una postura más cercana a la del voto en minoría de ese caso, pues estiman que para superar el primer filtro de análisis de razonabilidad, las entidades deben presentar medios probatorios idóneos (informes y/o estudios) que generen convicción en el colegiado sobre la existencia de un problema que afecta un interés público. Cabe indicar que es una evaluación caso por caso. Adicionalmente, como

---

<sup>29</sup> Cf. Resolución N.º 0922-2009/SC I-Indecopi. Voto en discordia de los señores Raúl Francisco Andrade Ciudad y Alfredo Ferrero Diez Canseco:

Al respecto, discrepamos de lo señalado por la Comisión cuando consideró que en el presente caso habría quedado acreditada la existencia de un interés público que justifique la medida adoptada por la Municipalidad. Ello, por cuanto la Comisión ha realizado sólo un examen superficial que, más allá de las afirmaciones de la Municipalidad y de cartas suscritas por los vecinos de la zona, no satisfacen el rigor metodológico que se espera de una autoridad local con las dimensiones de la Municipalidad Provincial de Piura.

En efecto, no basta con que la Municipalidad alegue interés público sin más y presente documentos que dan cuenta de quejas de vecinos; hace falta que la Autoridad Edil se encuentre en la capacidad de demostrar técnicamente las razones por las cuales se encuentra en la necesidad impostergable de invocar un concepto tan importante y esquivo a la vez, como es el interés público.

Así, evaluaríamos la posibilidad de que en una localidad efectivamente se ha presentado una circunstancia problemática de interés público, siempre que la Municipalidad cumpla con presentar documentación que consigne, por ejemplo, estadísticas vinculadas con el problema alegado, evolución histórica de su magnitud, porcentaje de la población impactada, planteamiento de variables a considerar para su solución, tendencias, proyecciones en el tiempo y, en general, elementos que demuestren una medición objetiva de las circunstancias por parte de la autoridad enjuiciada y no una apreciación subjetiva de la situación. [sic]

se explicará a continuación, la Sala requiere que las pruebas que acreditan la existencia del problema sean de fecha anterior a la imposición de la medida y que exista una proximidad entre la fecha de las pruebas y la imposición de la barrera burocrática cuestionada.

### **3. Sobre la fecha de las pruebas**

La Sala exige que los medios probatorios que se presenten para acreditar la problemática sean de fecha anterior a la emisión del acto o de la disposición que contiene la medida. De lo contrario, estaría avalando que una barrera burocrática restrictiva de la libertad de iniciativa privada se imponga sin sustento alguno. A continuación se reseña un caso que ejemplifica este supuesto.

#### **– Caso bus panorámico**

En 2013 una empresa dedicada a prestar servicios turísticos en buses cuestionó la prohibición que los vehículos de transporte turístico que transitan por el centro histórico de la ciudad del Cusco tengan una dimensión mayor a 7,50 metros de largo, 2,30 metros de ancho y 3,30 metros de altura, así como un peso bruto mayor a 6 500 kg. Esta prohibición estaba contenida en una norma de 2005.

A lo largo del procedimiento, la Municipalidad Provincial del Cusco alegó que la restricción indicada tendría como finalidad preservar los inmuebles que conforman el centro histórico de dicha ciudad, en el entendido de que los vehículos pesados causan vibraciones que afectan la estructura de las viviendas en dicha zona. Para acreditar la existencia del problema alegado, la entidad presentó informes elaborados en 2006 y 2012, pese a que la restricción fue impuesta en 2005.

En la Resolución N.º 0752-2014/SDC-Indecopi, la Sala indicó que la municipalidad no presentó ningún documento o estudio de fecha anterior a la imposición de la medida que dé cuenta de dicha problemática, pese a que pudo hacerlo en ambas instancias y a que le fue requerido hasta en dos oportunidades. Así, la Sala señaló que no podía tomar en cuenta los informes elaborados con fecha posterior a la imposición de la medida para justificar la necesidad de imponer la exigencia, requisito o prohibición cuestionada. Si bien el informe de 2012 daría cuenta que determinadas calles del centro histórico de la ciudad del Cusco cuentan con una deformación del pavimento por el peso de los vehículos, este documento no podría sustentar una restricción impuesta siete años atrás.

Estamos de acuerdo con que las pruebas que presente la entidad de la Administración Pública para sustentar la existencia del problema deben ser de fecha anterior a la medida. Adicionalmente, dependiendo del tipo de problema alegado, la CEB y la Sala deberían

determinar si existe una proximidad entre la fecha del informe y la imposición de la medida cuestionada. A mayor distancia entre ambos, mayor probabilidad que incluso si el problema existió en algún momento ya no ocurra en la actualidad o que la magnitud del mismo haya variado, generando que la medida sería innecesaria o no resulte idónea.

Por tales motivos, discrepamos con el voto en mayoría de la Sala en el Caso Vivanderas, pues independientemente de la calidad de los medios probatorios presentados por la Municipalidad Provincial de Piura para sustentar la prohibición de consumo de bebidas alcohólicas dentro del mercado (los cuales consideramos insuficientes pues solo eran algunas quejas de una asociación), la fecha de las quejas de los vecinos que supuestamente sustentaban la inseguridad ciudadana en el sector vivanderas eran de 2003 y 2004, mientras que la prohibición fue impuesta por la municipalidad en 2007. Por tanto, difícilmente este fue el motivo por el que la municipalidad se vio en la necesidad de emitir la prohibición.

#### **4. El hecho notorio**

Si bien hemos señalado que para superar el primer filtro de razonabilidad las entidades deben acreditar la existencia de un problema que afecta a un interés general, existe un supuesto de excepción: el «hecho notorio».

La Sala ha considerado en diversos pronunciamientos que ciertos problemas son un «hecho notorio», por lo que eximen a la entidad denunciada de probar la existencia del mismo. Un ejemplo podría ser el problema de congestión vehicular en Lima Metropolitana. Cabe notar, sin embargo, que el que un problema sea calificado como un «hecho notorio» por el Indecopi solo aligera la carga probatoria sobre la existencia del problema. No obstante, la entidad denunciada mantiene la obligación de acreditar que la medida es idónea. A continuación se reseña un caso en el que la Sala utilizó la excepción de «hecho notorio».

##### **– Caso restricción de horario de funcionamiento en el distrito de Barranco**

En 2012 la Sala evaluó la razonabilidad de la medida impuesta por la Municipalidad Distrital de Barranco de prohibir que las peñas, restaurantes turísticos, cabarets, boites, discotecas, salones de baile, videopubs, karaokes, bares, café teatros, piano bares y cafés ubicados en dicho distrito operen después de las tres de la madrugada.

La municipalidad alegó, entre otras razones, que la restricción denunciada tenía por objeto salvaguardar la tranquilidad de los vecinos, la cual se veía perturbada por los ruidos molestos ocasionados por los locales de diversión.

En la Resolución N.º 0144-2012/SCI-Indecopi, la Sala consideró que la entidad denunciada no tenía que probar la existencia del problema en Barranco, pues, al ser un distrito pequeño que alberga un número considerable de locales de diversión que atraen la concurrencia de muchas personas, es de «público conocimiento» que en múltiples zonas de dicho lugar se presentan problemas de ruidos molestos.

Si bien estamos de acuerdo en que los hechos notorios no necesitan ser probados<sup>30</sup>, la calificación de un problema como tal puede ser una decisión íntimamente relacionada con la experiencia personal de cada comisionado de la CEB o vocal de la Sala. En ese sentido, a fin de restarle subjetividad, consideramos que solo debería eximirse a una entidad del deber de probar la existencia de un problema por ser un hecho notorio cuando: (i) sea solicitado expresamente por la denunciada durante el procedimiento; (ii) la entidad exponga las razones que sustentan su pedido (los motivos por los que la existencia del problema es un hecho notorio), y (iii) lo señalado por la entidad genere convicción en la CEB o la Sala. Por tanto, creemos que el Indecopi no debería utilizar esta excepción de oficio.

## **5. El deber de acreditar que la medida es idónea para solucionar el problema**

Hasta el momento hemos referido que la entidad denunciada tiene la carga de probar la existencia de un problema que afecta un interés público determinado o acreditar al colegiado que este es un «hecho notorio». Sin embargo, ello no es suficiente para superar el primer filtro de análisis. La entidad también debe acreditar que la barrera burocrática denunciada es idónea para solucionar el problema. A continuación se reseñan dos casos en los que la autoridad no cumplió con acreditar la idoneidad de la medida:

### – Precedente de taxis amarillos

En el caso que dio origen al precedente, una empresa que prestaba el servicio de taxi particular denunció que la obligación impuesta por la Municipalidad Provincial de Piura de pintar la carrocería de los taxis de color amarillo cromo y el techo de color negro era una barrera burocrática ilegal y carente de razonabilidad. Refirió que esta obligación le imponía sobrecostos pues tenía que pintar nuevamente toda la flota de sus vehículos.

La municipalidad alegó que la medida tenía por objeto uniformizar el color de los taxis a fin de hacer frente a la ola de denuncias por asaltos y violaciones que se habrían producido en estos vehículos.

En la Resolución N.º 182-97/TDC, la segunda instancia señaló que la municipalidad no acreditó que la medida era idónea para salvaguardar la seguridad de los pasajeros. Por el

<sup>30</sup> Para mayor información sobre la figura del hecho notorio véase Gordillo (2006: 287-288).

contrario, el uniformizar los colores hacía más difícil que las víctimas pudieran identificar al agresor. Así, la Sala indicó que la municipalidad podría haber obligado a los taxistas a que iluminen sus placas (las cuales son los elementos que identifican a los vehículos) o consignar el número de estas en los lados, a fin de que puedan ser visualizados por los usuarios. Refirió que estas hubieran sido medidas más idóneas para hacer frente a un problema de inseguridad.

Adicionalmente, agregaríamos que la municipalidad pudo contar con un registro de los taxistas autorizados y otorgarles un *sticker* que los identifique. Concordamos con la Sala en que la obligación impuesta en este caso no guardaba relación con el problema alegado.

– Caso nota mínima en institutos

En la Resolución N.º 0026-2012/SCI-Indecopi, la segunda instancia mencionó que la exigencia impuesta por el Ministerio de Educación de una nota mínima de once (11) para que los postulantes a los institutos de educación superior tecnológica alcancen una vacante de ingreso a dichos centros de formación no era una medida idónea para hacer frente al interés público alegado (salvaguardar la calidad de la educación impartida por dichos agentes económicos).

En dicha oportunidad la Sala señaló lo siguiente: «es de notar que una medida como la reseñada, a criterio de esta Sala, podría incluso generar malos incentivos, provocando que más bien la exigencia de los exámenes de admisión se reduzca. En efecto, los titulares de los centros educativos podrían simplemente limitarse a reducir el nivel de dificultad del examen de admisión, a fin de que la cantidad de alumnos que obtienen una nota mayor o igual a 11 y que pueden, por tanto, estudiar en su centro educativo, se mantenga inalterable y no afecte el número de vacantes asignadas y la marcha de su negocio».

Como se puede apreciar en ambos casos, las entidades impusieron obligaciones que generaron sobrecostos en los agentes económicos de manera injustificada, debido a que no solucionaban el problema existente; incluso se obtenía el efecto contrario al que se pretendía conseguir.

## **6. Consecuencia de no superar el primer filtro**

El precedente de taxis amarillos señala que cuando la barrera burocrática analizada no supera el primer filtro de análisis, la CEB y la Sala pueden declarar fundada la denuncia por la imposición de una barrera burocrática carente de razonabilidad y, al amparo de la Ley N.º 28996, disponer la inaplicación de la misma a favor del denunciante. Por tanto, no resulta necesario que ambas instancias continúen con la evaluación de los otros dos filtros (proporcionalidad y medida menos gravosa). Pese a ello, es una práctica usual de la Sala continuar con el análisis de razonabilidad y evaluar también los dos últimos filtros.

## VI. SEGUNDO FILTRO: PROPORCIONALIDAD

### I. Definición

El segundo filtro de análisis establecido en el precedente de taxis amarillos consiste en que la CEB y la Sala evalúen si la entidad denunciada acreditó que las cargas o restricciones impuestas a los administrados son proporcionales a los fines que pretende alcanzar. Para tal efecto, se debe verificar si la entidad denunciada realizó un análisis costo-beneficio de manera previa a la imposición de la medida, optando por imponerla solo cuando los beneficios superen a los costos.

En la Resolución N.º 0026-2012/SCI-Indecopi, la Sala desarrolló en qué consiste este filtro, indicando lo siguiente:

La exigencia de realizar un “balance” de la incidencia de una medida supone

*necesariamente que se cuente con alguna evidencia que refleje este balance, o lo que es lo mismo, algún documento u otra evidencia probatoria que contenga las conclusiones de por qué la regulación ha sido diseñada tras identificar que los beneficios colectivos son mayores que los costos. Lo contrario sería aceptar que las autoridades pueden tomar decisiones arbitrarias, es decir, de manera desinformada y sin importar si su costo social es mayor que los beneficios para la sociedad.*

Por su parte, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el juicio de proporcionalidad en la Sentencia recaída en el Expediente N.º 00032-2010-PI/TC, señalando lo siguiente:

*[...] a través del juicio de proporcionalidad en sentido estricto, se busca establecer si la medida guarda una relación razonable con el fin que se pretende alcanzar, a través de un balance entre sus costos y sus beneficios.*

En la doctrina, Ortegón (2008: 254) ha referido que «analizar los costos y beneficios de una actividad consiste en colocar valores a los flujos de dichas variables, con el objetivo de representar un sistema de información para la toma de decisiones sobre alternativas posibles». Dicho autor señala adicionalmente que «cuando no es posible expresar los beneficios de un proyecto en términos monetarios se aplica el método de costo-eficiencia, cuyo objetivo radica en determinar cuál alternativa logra los objetivos al mínimo costo». Es decir, cuál es la alternativa más eficiente.

## 2. Costos que debieron ser tomados en cuenta

De la revisión de los pronunciamientos de la Sala se aprecia que las entidades de la Administración Pública no superan el primer filtro de análisis (interés público), ya que ni siquiera cuentan con pruebas que acreditan la necesidad de imponer la exigencia, requisito o prohibición cuestionada. En esa línea, tampoco realizan un análisis costo-beneficio de sus decisiones o evalúan medidas alternativas para solucionar el problema.

En atención a ello, la Sala suele recurrir a la figura de la «abogacía de la competencia» para dar algunas luces a las entidades de algunos costos y/o aspectos que debieron ser tomados en cuenta por las entidades antes de imponer el acto o disposición que contiene la barrera burocrática cuestionada.

### – Caso terminales terrestres

En el caso reseñado en el numeral III.3 del presente artículo, la Sala indicó que si bien el Ministerio de Transportes y Comunicaciones tiene competencia para obligar a los transportistas a contar con terminales terrestres en cada extremo de su ruta y en sus escalas comerciales como condición para prestar sus servicios, ello no implica que la imposición de esta medida en todo el país sea razonable.

En la Resolución N.º 0661-2012/SCI-Indecopi, la segunda instancia indicó que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones no tomó en cuenta los siguientes aspectos: (i) el tamaño de las empresas de transporte a nivel nacional; (ii) las rutas en las que operan; (iii) el número de terminales terrestres y/o estaciones de ruta que existen y se encuentran autorizados en el país al momento de imponer la obligación; (iv) cómo la obligación podría impactar negativamente en las empresas, prestando especial atención al tamaño y a la ruta en la que brindan sus servicios; (v) si habría alguna afectación a la competencia en caso de que las empresas se vean obligadas a construir un terminal terrestre y/o estación de ruta si no se encuentran en la posibilidad de arrendar dicha infraestructura, y (vi) cómo la obligación podría afectar a los consumidores de estos servicios. De haberlo hecho, el ministerio se habría dado cuenta que existen lugares al interior del país en los que la medida no resulta necesaria pues no se presentan los problemas de congestión vehicular o inseguridad alegados e incluso existen terminales terrestres construidos.

Por tanto, el imponer esta obligación en estas rutas traería como consecuencia: (i) que las empresas salgan del mercado por no tener la capacidad de hacer frente a la misma; (ii) que algunas continúen prestando sus servicios de manera informal, o (iii) que algunas construyan los terminales y trasladen el costo a los consumidores de las zonas más pobres del país, los cuales no podrían enfrentar este costo y, eventualmente, la empresa se retiraría de esa ruta. En los tres supuestos, los más perjudicados son los usuarios

del servicio de transporte en las zonas más pobres del país. Por otro lado, la obligación genera incentivos para que las empresas de transporte solo presten sus servicios en las zonas de alta demanda en las que ya existan terminales terrestres construidos, ocasionando una mayor congestión vehicular en estas zonas.

– Caso diseñadores de moda

Por otro lado, en la Resolución N.º 187-2015/SDC-Indecopi, la Sala indicó que para acreditar que la barrera burocrática consistente en la restricción de vender y exhibir productos a la vía pública en el giro «diseñadores de moda» es proporcional con el fin que pretendía alcanzar (disminuir la congestión vehicular y mantener la residencialidad del distrito), la entidad denunciada debió haber evaluado: (i) los costos en los que deberían incurrir los agentes económicos que desarrollen el giro «diseñadores de moda» para obtener autorizaciones bajo otro giro que les permita exhibir y vender sus productos; (ii) los efectos que la medida generaría en el mercado, y (iii) los costos de búsqueda en los que deberían incurrir los consumidores para conocer la oferta y acceder a los productos creados por los diseñadores de moda en ese distrito.

### **3. Alcance de la competencia del Indecopi respecto al segundo filtro**

Si bien las entidades de la Administración Pública aún no interiorizan la importancia de realizar un análisis costo-beneficio de sus decisiones, habrá algún momento en que ello ocurra y presenten dicho estudio durante la tramitación del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas. Cuando esto suceda, el Indecopi deberá precisar el alcance de su competencia con relación a este filtro.

De acuerdo al precedente de taxis amarillos, no basta que la entidad presente un análisis costo-beneficio elaborado de manera previa a la imposición de la medida sino que el resultado de dicho estudio debe concluir que los beneficios esperados son mayores a los costos. Sin embargo, ¿qué sucede si la entidad denunciada utiliza variables, una metodología o valores cuestionables para superar el segundo filtro de análisis? Ante ello, nos preguntamos si el Indecopi: (i) solo constará si la entidad realizó el análisis costo beneficio de la medida de manera previa a su imposición y que el mismo concluye que los beneficios superan los costos; (ii) realizará lo señalado en el numeral anterior y adicionalmente evaluará, con la ayuda de economistas, cómo fue realizado este estudio, los documentos que fueron utilizados para su elaboración y si, luego de ello, la conclusión aún se sostiene, o (iii) realizará lo señalado en los dos numerales anteriores y adicionalmente determinará si, a su criterio, existían otros costos relevantes que debieron ser tomados en cuenta y que de haberlo hecho hubieran modificado el resultado (los costos superarían a los beneficios).

Cabe indicar que esta duda será absuelta por la CEB y la Sala cuando las entidades cumplan con elaborar el análisis costo-beneficio de sus decisiones. Estaremos atentos a dichos pronunciamientos.

## VII. TERCER FILTRO: MEDIDA MENOS GRAVOSA

Con el tercer y último filtro de análisis establecido en el precedente de taxis amarillos se debería verificar si la entidad trató de minimizar el impacto de la opción regulatoria en los agentes económicos, eligiendo la medida que soluciona el problema al menor costo posible, es decir de manera más eficiente. Sin embargo, el precedente establece que la CEB y la Sala se deben limitar a determinar lo siguiente:

*Que existen elementos de juicio que permiten arribar a la conclusión, en términos generales, que la exigencia cuestionada era una de las opciones menos gravosas para los interesados, en relación con las demás opciones existentes para lograr el fin previsto. Ello implica demostrar que se analizó otras alternativas que permitieran alcanzar el mismo objetivo a un menor costo y exponer las razones por las que fueron descartadas.*

Así, el precedente de taxis amarillos parecería haber optado por un análisis poco riguroso de las pruebas presentadas para superar este filtro, pues se indica que solo se requieren elementos de juicio que permitan concluir que la medida adoptada es, «en términos generales», una de las menos costosas. Ni siquiera se exige que sea la menos gravosa.

Dado que, al igual que en el filtro de proporcionalidad, las entidades aún no presentan documentación que sustenta la medida impuesta, la Sala no ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el alcance de su competencia para evaluar este filtro y, eventualmente, modificar el precedente elaborado en 1997.

Consideramos que sería pertinente que se modifique el precedente, pues el nivel de rigurosidad establecido en el tercer filtro no responde a la finalidad del análisis de razonabilidad en los procedimientos de eliminación de barreras burocráticas, el cual consiste en verificar que las obligaciones impuestas a los agentes económicos solucionan un problema que afecta al interés público al menor costo posible.

## VIII. CONCLUSIONES

El precedente de taxis amarillos sigue vigente y el Indecopi continúa aplicando los lineamientos generales establecidos por la Sala en 1997 respecto a: (i) el orden de prelación entre el análisis de legalidad y razonabilidad; (ii) los indicios razonables

que los denunciantes deben presentar para que la CEB y la Sala realicen el análisis de razonabilidad de la barrera burocrática denunciada, y (iii) los tres filtros que debe superar la entidad denunciada para que el Indecopi declare que la medida cuestionada es razonable.

Sin embargo, luego de dieciocho años de aplicar el precedente de taxis amarillos, la segunda instancia ha tenido la oportunidad de complementar las pautas establecidas en dicho pronunciamiento, precisar aspectos y elaborar criterios sobre el análisis de razonabilidad. El problema es que estas decisiones se encuentran dispersas en diversas resoluciones de la segunda instancia. Por tanto, consideramos que sería conveniente que la Sala actualice el precedente de taxis amarillos e incorpore los criterios reseñados en el presente artículo.

Adicionalmente, proponemos que, de darse esta modificación, se elimine la referencia al presunto trato discriminatorio como un indicio de carencia de razonabilidad, pues este es en realidad un argumento sobre la presunta ilegalidad de la barrera burocrática por contravenir el artículo 12 del Decreto Legislativo N.º 757.

Durante este trabajo se ha enfatizado que los dos aspectos del análisis de razonabilidad que han generado mayores discusiones y criterios por parte de la Sala son: los indicios que los denunciantes deben presentar para que se realice este análisis y el primer filtro de análisis de la razonabilidad de la medida (interés público e idoneidad).

Con relación a los otros dos filtros de razonabilidad (proporcionalidad y medida menos gravosa), se concluye que el colegiado no ha tenido la oportunidad de analizar documentos, informes o estudios presentados por las entidades denunciadas que evidencien un análisis costo-beneficio de la medida, por lo que aún no existen criterios sobre la rigurosidad con la que se van a analizar estos documentos. Así, se observa que en los pocos casos en los que las entidades han superado el primer filtro de análisis, no han superado los otros dos, pues no han presentado medios probatorios que acrediten la proporcionalidad de la medida o que es la menos gravosa.

Sin perjuicio de ello y con el propósito de ir esbozando pautas generales a las entidades sobre el análisis costo-beneficio, en la mayoría de sus pronunciamientos la Sala ha mencionado algunos costos que debieron haber sido tomados en cuenta de manera previa a la imposición de la barrera burocrática, así como otras opciones menos gravosas que pudieron haber sido elegidas para solucionar el problema.

No obstante, debemos reconocer que aún existen interrogantes sobre el alcance de la competencia de la CEB y la Sala en estos dos últimos filtros del análisis de razonabilidad. Éstos deberán ser resueltos por ambas instancias cuando las entidades cumplan con realizar un análisis costo-beneficio y presentar dicha documentación durante el procedimiento.

De la revisión de los pronunciamientos de la Sala sobre razonabilidad se puede concluir que las entidades aún están en una etapa inicial, en la que ni siquiera cuentan con documentos que acreditan la existencia de un problema que haga necesaria la imposición de la barrera burocrática. Cuando la Sala ha continuado con la evaluación de los otros dos filtros, ha evidenciado que las entidades imponen las exigencias, requisitos, limitaciones o prohibiciones sin evaluar el impacto de la misma en los agentes económicos, el mercado o los consumidores. Este resultado es bastante preocupante pues, si queremos ser un país competitivo, es necesario que las entidades internalicen la necesidad de realizar esta evaluación *ex ante* para evitar medidas ineficientes, innecesarias o desproporcionadas, cuyos efectos perniciosos solo son «apagados» por el Indecopi de manera *ex post*.

Finalmente, debemos resaltar la importancia y la utilidad de que el Indecopi realice un análisis de razonabilidad de las barreras burocráticas que afectan el acceso o la permanencia de los agentes económicos en el mercado. Con este mecanismo se consigue que los agentes económicos puedan obtener la inaplicación de la traba carente de razonabilidad para su caso concreto a través de un procedimiento relativamente corto (como máximo 120 días hábiles en cada instancia). Por otro lado, con cada procedimiento, las entidades de la Administración Pública toman conocimiento de la evaluación que deberían realizar *ex ante* para que sus actos y disposiciones sean considerados legales y razonables. Por tanto, indirectamente el Indecopi coadyuva a que se elimine la mala práctica estatal de regular actividades económicas utilizando técnicas arbitrarias como la «de tin marin de do pingue».

## BIBLIOGRAFÍA

DE SOTO, H. (2000), *The Mystery of Capital: Why Capitalism triumphs in the West and Fails Everywhere Else* (1.ª ed.). New York: Basic Books.

GORDILLO, A. (2006), *Tratado de Derecho Administrativo: El procedimiento administrativo*, pp. 287-288. Disponible en: [https://books.google.com.pe/books?id=R97a1G\\_O9ZEC&pg=PA287&ots=xrU55odYhz&dq=probanza%20de%20hechos%20notorios&hl=es&pg=PA1#v=onepage&q=probanza%20de%20hechos%20notorios&f=false](https://books.google.com.pe/books?id=R97a1G_O9ZEC&pg=PA287&ots=xrU55odYhz&dq=probanza%20de%20hechos%20notorios&hl=es&pg=PA1#v=onepage&q=probanza%20de%20hechos%20notorios&f=false).

ORTEGÓN, E. (2008), *Guía sobre diseño y gestión de la política pública*. CAB-COLCIENCIAS-Instituto de Estudios Latinoamericanos, p. 254.

PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Expedientes N.º 02437-2013-PA/TC, N.º 0090-2004-AA/TC y N.º 00032-2010-PI/TC.

PRONUNCIAMIENTOS DE LA SALA: Resoluciones N.º 182-97/TDC-Indecopi, N.º 0922-2009/SCI-Indecopi, N.º 0026-2012/SCI-Indecopi, N.º 0661-2012/SCI-Indecopi, N.º 0011-2013/SDC-Indecopi, N.º 0929-2013/SDC-Indecopi, N.º 1012-2013/SDC-Indecopi, N.º 1232-2013/SDC-Indecopi, N.º 0067-2014/SDC-Indecopi, N.º 0378-2014/

SDC-Indecopi, N.º 0411-2014/SDC-Indecopi, N.º 0423-2014/SDC-Indecopi, N.º 0554-2014/SDC-Indecopi, N.º 0543-2014/SDC-Indecopi, N.º 0618-2014/SDC-Indecopi, N.º 0641-2014/SDC-Indecopi, N.º 0653-2014/SDC-Indecopi, N.º 0654-2014/SDC-Indecopi, N.º 0711-2014/SDC-Indecopi, N.º 0740-2014/SDC-Indecopi, N.º 0748-2014/SDC-Indecopi, N.º 0749-2014/SDC-Indecopi, N.º 0752-2014/SDC-Indecopi, N.º 0017-2015/SDC-Indecopi, N.º 0032-2015/SDC-Indecopi, N.º 0165-2015/SDC-Indecopi, N.º 0187-2015/SDC-Indecopi, N.º 0224-2015/SDC-Indecopi, N.º 0278-2015/SDC-Indecopi y N.º 0306-2015/SDC-Indecopi.