



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

QUINTA SALA ESPECIALIZADA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CON SUB ESPECIALIDAD EN TEMAS DE MERCADO

Sumilla.- *El Reglamento es una norma jurídica de rango inferior a la ley dictada por órgano que tiene atribuida potestad reglamentaria. Los reglamentos no pueden regular materias reservadas a la Ley ni infringir normas con dicho rango, De la lectura del texto del numeral 3.2 del artículo 3° de la Ley N° 28705, se entiende por espacios públicos cerrados todo lugar cerrado con cuatro paredes, En el presente caso el Ministerio de Salud, entidad administrativa que emitió el Decreto Supremo N° 015-2008-SA, Reglamento de la Ley 28705, debió definir el concepto “espacio público cerrado”, subordinado a lo definido como tal en la ley. Es así que **no puede entenderse como espacio público cerrado aquel que tiene más de una pared, esto es a partir de dos paredes; por cuanto ya no sería cerrado sino abierto. Constituyendo Barrera Burocrática Ilegal dicha definición.***

Expediente N° 3783-2013

Demandante : INVERSIONES EIVISSA S.A.C. local “Picas” y local “Chala”

Demandado : INDECOPI
MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE BARRANCO
MINISTERIO DE SALUD

Materia : NULIDAD DE RESOLUCION ADMINISTRATIVA

RESOLUCIÓN NÚMERO SIETE

Lima, cinco de octubre de dos mil quince.-

SENTENCIA DE VISTA

PARTE EXPOSITIVA:

VISTOS; con el expediente administrativo que se acompaña, de conformidad con el Dictamen Fiscal de páginas 385 a 394, interviniendo como Jueza Superior Ponente la Señora **Dávila Broncano**; viene en grado de apelación la sentencia contenida en la resolución 10 de fecha 30 de setiembre de 2014, a través de la cual se declara infundada la demanda:

ANTECEDENTES.-

1. **DEMANDA:** Mediante escrito de fojas 10 a 36, subsanado a folios 61-62, **INVERSIONES EIVISSA S.A.C. (local “Picas y local “Chala”)** interpone demanda contencioso administrativa contra el **Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – INDECOPI**, solicitando se notifique al Ministerio de Salud y a la Municipalidad Distrital de Barranco, postulando como **primera pretensión principal** se declare la nulidad de la Resolución N° 0200-2013/SDC-INDECOPI expedida en mayoría y que les fue notificada el 14 de febrero de 2013, de fecha 14 de marzo de 2012. Como **segunda pretensión principal**, solicita se expida pronunciamiento de plena jurisdicción en el que se declare como Barrera Burocrática la definición de “espacios públicos cerrados” prevista en el artículo 4° del D.S. N° 015-2008-SA y en el artículo 3° literal c) de la Ordenanza N° 342-MDB.

FUNDAMENTOS DE HECHO

- Señala la demandante que el 11 de noviembre de 2011, Restaurateur S.A.C. e Inversiones Eivissa, denunciaron a la Municipalidad Distrital de Barranco, ante la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del INDECOPI, por la presunta imposición de una barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad consistente en la prohibición de fumar en espacios públicos cerrados, definidos en el artículo 3° literal c) de la Ordenanza N° 342-MDB.
- Que impedir el consumo de productos de tabaco en los espacios abiertos de sus locales impacta directamente en la preferencia de su clientela fumadora, la cual al ver afectada su libertad de fumar en sus locales preferirán ya no acudir a los mismos, generando con ello un perjuicio económico directo a su empresa.
- Que la Ley N° 28705 Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco establece que se encuentra prohibido fumar en espacios públicos cerrados, entendiéndose a estos como todo lugar de trabajo o de acceso al público cubierto por un techo cerrado entre paredes, independientemente del material utilizado por el techo y de que la estructura sea permanente o temporal. En tal sentido, la prohibición de fumar en espacios públicos cerrados no alcanza a lugares o áreas descubiertas (no techadas) o que no se encuentren cerradas entre paredes.
- La Ordenanza 342 – MDB estableció que en su distrito se encuentra prohibido fumar en todos los espacios públicos cerrados, entendiéndose

a estos como cualquier lugar de acceso público, cubierto por un techo y que tenga más de una pared; habiéndose extendido la prohibición de la Ley N° 28705, incluyéndose a los balcones, terrazas y otros lugares abiertos, contraviniéndose el principio de legalidad y fuera de su competencia, ya que la referida ley señalaba facultades de las municipalidades para fiscalizar y no normar.

- Así lo estableció la Resolución N° 0104-2012/CEB-INDECOPI del 26 de abril de 2012, habiendo la comisión declarado barrera burocrática ilegal la prohibición de fumar en los espacios públicos cerrados, dispuesta por la Municipalidad en el literal c) del artículo 3 de la Ordenanza N° 342-MDB además de haber desnaturalizado la definición de espacio público cerrado contenida en la Ley N° 28705. Resolución que fue apelada por la Municipalidad de Barranco y el Ministerio de Salud.
- Mediante Resolución N° 0200-2013/SDC-INDECOPI, del 31 de enero de 2013 emitida por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa del INDECOPI, revocó la Resolución N° 0104-2012/CEB-INDECOPI, considerando que si bien el artículo 3° de la Ley N° 28705 define el espacio público cerrado, el Congreso de la República habilitó al Poder Ejecutivo de manera expresa para que a través de un reglamento pueda establecer las demás especificaciones del referido concepto; que asimismo, la definición realizada por el Ministerio en el D.S. 015-2008-SA no contradice la Ley, sino que le otorga contenido, alineándola con lo dispuesto en el Convenio Marco para el Control del Tabaco y la directriz que interpretó el artículo 8° del Convenio Marco para el Control del Tabaco, al amparo de una facultad delegada por ley. La Sala también señaló que la prohibición de fumar en aquellos espacios que sean de acceso público cubiertos por un techo y que tengan más de una pared tiene sustento en la Ley N° 28705 y en su reglamento, no constituyendo ejercicio de facultades normativas de parte de la Municipalidad.
- Consideran que la Sala no siguió las pautas establecidas en el precedente de observancia obligatoria contenido en la Resolución N° 182-97-TDC, al no haber efectuado un análisis sobre las atribuciones y competencia de la Municipalidad Distrital de Barranco y el Ministerio de Salud para la expedición de las normas bajo análisis, limitándose a evaluar la legalidad y/o carencia de razonabilidad de la definición “espacio público cerrado”, pero no se analizó la legalidad de la ordenanza y del Reglamento cuestionados; lo que además implica una falta de motivación del acto administrativo.

2. **AUTO DE SANEAMIENTO:** Por la resolución número 05 de fecha 09 de octubre de 2013, que corre de folios 210/212, se tiene por contestada la demanda, se declara saneado el proceso, y se fijan como puntos controvertidos: **UNO.-** *determinar si corresponde declarar la nulidad de la Resolución N° 0200-2013/SDC-INDECOPI de fecha 31 de enero de 2013.* **DOS.-** *Determinar si corresponde declarar barrera burocrática la definición de “espacios públicos cerrados” prevista en el artículo 4° del D.S. N° 015-2008-SA y el artículo 3° literal c) de la Ordenanza N° 342-MDB.*
3. **SENTENCIA:** De folios 311 a 329 obra la sentencia contenida en la resolución número 10, por la que se declara infundada la demanda.
4. **EXPRESIÓN DE AGRAVIOS:** Por escrito de folios 343 a 351, se interpone recurso de apelación, fundamentándolo en:
 - a. Que la sentencia incurre en vicio al no haber realizado un debido análisis respecto a si la Municipalidad Distrital de Barranco, contaba con atribuciones y competencias para emitir una norma que restrinja el consumo de tabaco, o en el caso del Ministerio de Salud, establecer un concepto más restrictivo de “espacio público cerrado”, que el desarrollado en la Ley 28705, lo cual vulnera el principio de legalidad y reserva de ley.
 - b. Incurre en el vicio de no aplicar un correcto análisis de legalidad, al caso en concreto, a efectos de determinar como barrera burocrática ilegal, el artículo 3° literal c) de la Ordenanza N° 342-MDB, así como el artículo 4° del D.S. N° 015-2008-SA.

PARTE CONSIDERATIVA:

PRIMERO: ANALISIS Y FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN JUDICIAL; El artículo 148° de la Constitución Política del Perú establece que las resoluciones administrativas que causen estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contenciosa administrativa; lo cual debe concordarse con el artículo 1° de la Ley N° 27584 – cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por Decreto Supremo N° 013-2008-JUS – que establece que la acción contenciosa administrativa tiene por finalidad el control jurídico por parte del Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y a la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados; razón por la cual todo administrado tiene derecho a acudir al Órgano Jurisdiccional a solicitar tutela jurisdiccional efectiva al amparo de un debido proceso en caso considere vulnerados los derechos por parte de quienes ejercen la administración pública.

SEGUNDO: Cabe precisar que el Juez debe aplicar el derecho, haciendo la calificación jurídica adecuada de los hechos, dado que las leyes son abstractas, y debe aplicarlas adecuándolas a la situación fáctica a resolver, eligiendo entre ellas, si hay varias, la más adecuada. Ello en aplicación del principio jurídico de “*lura novit curia*” que indica que el juez es conocedor del derecho, y lo obliga a decidir de acuerdo a las normas legales, aún cuando las partes no hayan expresado las leyes en que fundan sus derechos subjetivos, o hayan invocado normas jurídicas distintas a las que el juez considera aplicables al caso concreto, de acuerdo a los hechos relatados y a las pruebas ofrecidas por las partes, encontrándose prohibido de dictar sentencia sobre hechos no peticionados por las mismas.

TERCERO: Así, a fin de declarar la nulidad de una resolución administrativa, ésta debe recaer en alguna de las causales señaladas en el artículo 10° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, por lo que en el presente caso, se determinará si la Resolución N° 200-2013/SDC-INDECOPI de fecha 31 de enero de 2013 emitida por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI, que resuelve revocar la Resolución N°0104-2012/CEB-INDECOPI del 26 de abril de 2012, adolece de algún vicio que conlleve a su nulidad.

CUARTO: De otro lado, se conoce por **barreras burocráticas** todo acto administrativo o disposición de la administración pública que tiene por efecto impedir u obstaculizar el acceso o la permanencia de los agentes económicos en un determinado mercado.

Es **ilegal** cuando contraviene la normatividad vigente:

Por la forma: si no se ha utilizado el instrumento legal idóneo o no se han cumplido con los procedimientos y requisitos necesarios para su vigencia (publicación, ratificación, etc.)

Por el fondo: si la entidad que impone la barrera carece de competencias para establecerla o, en general, si contraviene una norma legal imperativa.

Y, es **irracional** cuando el acto o la disposición, o las exigencias que de ella se deriven, son contrarios a las prácticas y principios de orden lógico, razonable y proporcional.

Las barreras burocráticas ilegales o irracionales generan sobrecostos que consumen recursos reales, tanto en el sector público como en las empresas y en los ciudadanos, así como frenan y desalientan la iniciativa privada.

QUINTO: Por su parte el artículo 58° de la Constitución Política del Perú, establece que la iniciativa privada es libre y se ejerce en una economía social del mercado; y, en concordancia con ello, el artículo 61° establece que el Estado facilita y vigila la libre competencia y combate toda práctica que la limite y sanciona además el abuso de posición de dominio en el mercado.

Las decisiones de una entidad administrativa, no deben trabar directa ni indirectamente el desarrollo y la inversión empresarial; así como no deben constituir una exigencia irrazonable contraria a los principios jurídicos de la igualdad de trato, legalidad, razonabilidad, orden lógico y proporcionalidad, que son principios que subyacen en toda decisión política, legal o administrativa que esté dirigida a regular el mercado.

SEXTO: Aunado a ello, la Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, aprobada por Decreto Legislativo 1033, establece su calidad de organismo autónomo encargado de, entre otras funciones:

- a) Vigilar la libre iniciativa privada y la libertad de empresa mediante el control posterior y eliminación de las barreras burocráticas ilegales e irracionales que afectan a los ciudadanos y empresas, así como velar por el cumplimiento de las normas y principios de simplificación administrativa;

Por lo que el INDECOPI tiene las facultades legales para emitir pronunciamiento frente a las denuncias que por Barreras Burocráticas se presenten, o en su caso, de actuar de oficio.

SÉTIMO: En tal sentido, de la revisión de los actuados administrativos en el presente proceso, se advierte que:

1. De folios 02 a 36, el 11 de noviembre de 2011, INVERSIONES EIVISSA S.A.C. entre otras, formularon denuncia ante la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del INDECOPI, por el establecimiento de Barreras Burocráticas ilegales que afectan la distribución, comercialización y consumo de cigarrillos y otros productos de tabaco por parte de la Municipalidad Distrital de Barranco y otras municipalidades, siendo su pretensión principal se declare barrera burocrática ilegal y de ser el caso carente de razonabilidad las exigencias y prohibiciones contenidas en el artículo 3 de la Ordenanza N° 342-MDB, solicitando se disponga la inaplicación de las mismas respecto de ella. Indicó que lo que cuestionaba eran las claras contradicciones que existían entre la Ley N°

28705 y la Ordenanza N° 342-MDB que establece limitaciones que no encuentran sustento en la ley misma; ya que la Ley en su artículo 3° numeral 2.1 prohíbe fumar, entre otros, en lugares públicos cerrados; y en el numeral 3.2 entiende por interiores o espacios públicos cerrados a todo lugar de trabajo o de acceso al público que se encuentre cubierto por un techo y cerrado entre paredes, independientemente del material utilizado para el techo y de que la estructura sea permanente. Asimismo, en el numeral 3.3 estableció que el reglamento de la Ley establece las demás especificaciones de los interiores o espacios públicos cerrados. En ese sentido consideran que la Ley excluye de la prohibición de fumar, por ejemplo en los balcones, terrazas y otros lugares no techados de los restaurantes, bares, discotecas y demás centros de esparcimiento, que cuenten con espacios abiertos, en los términos de la ley. Que resulta ilegal el literal c) del artículo 3° de la Ordenanza N°342-MDB cuando señala que se encuentra prohibido fumar y mantener encendidos productos de tabaco en todos los interiores de los espacios públicos cerrados, entendidos como cualquier lugar cubierto por un techo y que tenga más de una pared, independientemente del material utilizado, de su extensión o altura y de su carácter temporal o permanente; por cuanto desnaturaliza la definición de espacio público cerrado establecido por la ley; más aún, si la referida Ley N° 28705 le dio a las municipalidades facultad fiscalizadora más no normativa.

2. Mediante la Resolución N° 0277-2011/CEB-INDECOPI del 07 de diciembre de 2011 se tuvo como desistidas de la denuncia a las otras empresas continuando la de las empresas Restaurateur S.A.C. e Inversiones Eivissa S.A.C. contra la Municipalidad de Barranco; en consecuencia **se admitió la denuncia por presunta imposición de una barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad que tiene origen en la prohibición general de fumar en los espacios públicos cerrados, establecida en el artículo 3° de la Ordenanza N° 342-MDB.**
3. De folios 169 a 183, obran los descargos presentados, de fecha 19 de diciembre de 2011, por la Municipalidad de Barranco; señalando que por D.S. 015-2008-SA, publicado el 05 de julio de 2008 se aprobó el Reglamento de la Ley 28705, que posteriormente fue modificado por el D.S. 001-2010-SA; que asimismo la Ley 29517 publicada el 02 de abril de 2010 modificó la Ley 28705, para adecuarla al Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud (OMS) para el Control del Tabaco. Que el inciso c) del artículo 3° de la Ordenanza 342-MDB se encuentra totalmente acorde con lo establecido en el D.S. 001-2011-SA, publicado el

15 de enero de 2011 y que modificó el Reglamento de la Ley N° 28705, que terminó modificando sustancialmente lo establecido inicialmente por la Ley 28705, es decir que el espacio público cerrado ya no necesariamente debe estar cerrado entre paredes, sino que sólo basta que tenga más de una pared; con lo cual la Ordenanza no excede los límites de la Ley ni de su Reglamento, por lo que tampoco estaría limitando los derechos de las empresas denunciantes, ya que sólo se ha adecuado a las restricciones ya existentes dadas por el D.S. 001-2011-SA, que modificó el reglamento de la Ley. Señaló que la referida Ordenanza se encuentra plenamente justificada al haber sido dictada para la prevención y control de los riesgos del consumo del tabaco a fin de proteger la salud de la persona, la familia y la comunidad, además ha sido dictada en cumplimiento del Convenio Marco del Organismo Mundial de la Salud (OMS) para el Control del Tabaco. Teniendo en cuenta el descargo de la Municipalidad de Barranco, se incorporó al procedimiento al Ministerio de Salud, quien también presentó sus descargos, señalando entre otras cosas que la definición de espacio público cerrado establecida en la Ley 28705 fue modificada por el D.S. N° 001-2011-SA, el cual coincide con el establecido por la Municipalidad; y que el artículo 48° del Reglamento de la Ley 28705 le confiere competencia a las municipalidades para regular respecto al consumo del tabaco.

4. Frente a ello, se emite la Resolución N° 0104-2012/CEB-INDECOPI de fecha 26 de abril de 2012 (folios 281 a 293), a través de la cual se declara barrera burocrática ilegal la prohibición general de fumar en los espacios públicos cerrados establecida en el artículo 3° de la Ordenanza N° 342-MDB; y, en consecuencia fundada la denuncia presentada, disponiendo la inaplicación a la denunciante de la barrera burocrática declarada ilegal y de todos los actos que las materialicen, encontrando sustento en lo establecido en el artículo 18° de la Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos de Consumo del Tabaco y lo previsto en la Ley Orgánica de Municipalidades que señala que las Municipalidades Distritales sólo están facultadas para fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones establecidas en dicha norma y no para establecer nuevas restricciones o prohibiciones vinculadas al consumo de productos derivados del tabaco. Asimismo señaló que la definición de “espacios públicos cerrados” contenida en la Ordenanza cuestionada, es más restrictiva que la establecida en la Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco, contraviniendo así el principio de legalidad establecido en la Ley N° 27444.

5. Interpuesto el recurso de apelación por la Municipalidad Distrital de Barranco (folios 297-298) y el Ministerio de Salud (folios 301 a 306) se dicta la Resolución N° 0200-2013/SDC-INDECOPI de fecha 31 de enero de 2013 por la que se revoca la Resolución N° 0104-2012/CEB-INDECOPI, y reformándola se declaró infundada.

OCTAVO: Sobre el particular, la Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco N° 28705 de fecha 13 de marzo de 2006, tiene dentro de sus objetos proteger a la persona, la familia y la comunidad contra las consecuencias sanitarias, sociales, ambientales y económicas del consumo de tabaco y de la exposición al humo de tabaco, a fin de reducir dicho consumo y exposición de manera continua y sustancial. Así, la referida ley estableció en su artículo 3° de la protección contra la exposición al humo de tabaco:

“Prohíbese fumar en cualquier establecimiento dedicado a la salud o a la educación sean públicos o privados, en las dependencias públicas y en cualquier medio de transporte público.

En centros laborales, hoteles, restaurantes, cafés, bares y otros centros de entretenimiento, los propietarios y/o empleadores tendrán la opción de permitir el consumo de tabaco, en áreas designadas para fumadores que en todos los casos deben estar separadas físicamente de las áreas donde se prohíbe fumar y deben contar con mecanismos que impidan el paso del humo hacia el resto del local y ventilación hacia el aire libre o extracción del aire hacia el exterior.

La autoridad municipal será la encargada de hacer cumplir esta norma.”

Esta Ley fue reglamentada por el Decreto Supremo N° 015-2008-SA, del 04 de julio de 2008, que definió en su artículo 4° numeral 2):

“Áreas o espacios cerrados: *Espacio físico dentro de un inmueble, que por su diseño arquitectónico o por su acondicionamiento, limite de alguna manera la ventilación.”*

La Ley N° 28705, fue modificada por la Ley N° 29517 el 31 de marzo de 2010, con la finalidad de proteger de la exposición al humo de tabaco y mejorar las advertencias sobre el daño a la salud que produce el fumar, en cumplimiento del Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud (OMS) para el Control del Tabaco; así, modificó el artículo 3° quedando su texto de la siguiente manera:

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

3.1 *Prohíbese fumar en los establecimientos dedicados a la salud o a la educación, en las dependencias públicas, en los interiores de los lugares de*

trabajo, en los espacios públicos cerrados y en cualquier medio de transporte público, los que son ambientes ciento por ciento libres de humo de tabaco.

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

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

El D.S. 001-2010-SA, del 13 de enero de 2010, modificó el Reglamento D.S. 015-2008-SA, pero no respecto al tema en debate en el presente proceso.

Asimismo, el D.S. 001-2011-SA, modificó también el Reglamento D.S. 015-2008-SA, al definir:

"1. Espacios públicos cerrados: Todo lugar de acceso público que se encuentre cubierto **por un techo y que tenga más de una pared**, independientemente del material utilizado, de su extensión o altura y de su carácter temporal o permanente."

NOVENO: Así, a través de la Resolución N° 0200-2013/SDC-INDECOPI impugnada en esta vía, en el punto 25 numeral III ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN,¹ se ha limitado el análisis a evaluar la legalidad y/o carencia de razonabilidad de la definición de "espacio público cerrado" contenida en la Ordenanza 342-MDB y el D.S. 015-2008-SA únicamente en el extremo que los denunciantes señalan que difiere de la Ley 28705, es decir, respecto al número de paredes necesario para que un local sea considerado como "cerrado".

DÉCIMO: Se debe partir en primer lugar por definir jurídicamente el concepto de Reglamento, así, el Reglamento es una Norma jurídica de rango inferior a la ley dictada por órgano que tiene atribuida potestad reglamentaria. Los reglamentos no pueden regular materias reservadas a la ley ni infringir normas con dicho rango.

"Podemos definir el reglamento con GARCÍA DE ENTERRÍA, como toda norma escrita o disposición jurídica de carácter general procedente de la Administración, en virtud de su competencia propia y con carácter subordinado a ley. GARRIDO FALLA define el reglamento como toda disposición jurídica de carácter general dictado por la Administración pública y con valor subordinado a la ley.

La principal característica del reglamento es el ser una norma subordinada y ello porque, como señala CARRE DE MALBERG, el reglamento es

¹ Folios 406 del expediente administrativo.

manifestación de un poder subalterno. La soberanía no radica en la Administración, sino en la colectividad, representada en el Poder Legislativo, siendo la Administración un conjunto de órganos a quien se les encomiendan determinados fines que interesan a la comunidad. De ello se deducen dos consecuencias:

- La primacía de la ley sobre el reglamento.
- Materias donde no puede entrar el reglamento (principio de reserva de ley).

Respecto a su naturaleza jurídica, para la mayoría de la doctrina, ENTERRÍA, TREBIJANO, ENTRENA y otros, el reglamento es un acto de la Administración, pero no un acto administrativo propiamente dicho, ya que no es expresión de una función ejecutiva de la Administración, sino de una función normativa de la Administración”.²

DÉCIMO PRIMERO: Al respecto, cabe destacar en primer lugar, que el Ministerio de Salud, entidad que emitió el Decreto Supremo N° 015-2008-SA, Reglamento de la Ley N° 28705, debió definir el concepto “espacio público cerrado” subordinado a lo definido como tal en la ley. Es así, que de la lectura del texto del numeral 3.2 del artículo 3° de la Ley N° 28705 “*se entiende por interiores o espacios públicos cerrados todo lugar de trabajo o de acceso al público que se encuentre cubierto por un techo y cerrado entre paredes*”, de lo que se concluye claramente que el ambiente debe estar cerrado. De esta manera, **no puede entenderse como espacio público cerrado aquel que tiene más de una pared, esto es a partir de dos paredes; por cuanto como es evidente, no será un ambiente cerrado aquel recinto de forma cuadrangular o rectangular que cuenta con una, dos, o incluso tres paredes. Asimismo, como es obvio, dada la estructura arquitectónica, es posible que en recintos con muros curvados o con tres ángulos se considere cerrado un ambiente rodeado por una sola pared, dos o tres paredes.**

Por tanto, habiendo establecido la ley los límites del concepto de espacio cerrado, la norma reglamentaria no podía extenderlos.

DÉCIMO SEGUNDO: Teniendo en cuenta la pretensión de pronunciamiento de Plena Jurisdicción, corresponde señalar que el **PRINCIPIO DE PLENA JURISDICCIÓN**, conocido técnicamente como sistema de plena jurisdicción, se concibe como un proceso contencioso administrativo en donde lo central es satisfacer el interés subjetivo de los administrados y no es suficiente la declaratoria de nulidad de los actos administrativos para que la administración se vuelva a pronunciar, (contencioso de nulidad). Sin embargo en la plena

² <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/reglamento/reglamento.htm>

jurisdicción el Estado y el administrado se configuran plenamente como “partes” por cuanto sí hay un derecho subjetivo que satisfacer, mientras que en el de nulidad, al carecer de ello, no hay propiamente pretensión, ni sentencia que satisfaga propiamente el interés del demandante.

El concepto de *recurso de plena jurisdicción* tiene un significado muy específico en el Derecho Administrativo, concretamente, aquel recurso mediante el cual se solicita al juez “...que aplique, para restablecer el derecho, el conjunto de sus poderes jurisdiccionales y no sólo su poder de anulación, principalmente pronunciando condenaciones pecuniarias...”⁸.

Es así, que para la aplicación del principio de plena jurisdicción, el Juez debe declarar el derecho que corresponde y no únicamente la nulidad de las resoluciones.

Es así, que en aplicación de lo dispuesto por el numeral 1 del artículo 5° del D.S. 013-2008-JUS, **se concluye que la definición de “espacio público cerrado” establecida en el numeral 2 del artículo 4° del D.S. 015-2008-SA, modificado por el D.S. 001-2011-SA, constituye una barrera burocrática ilegal por no encontrarse acorde con la Ley N° 28705; siguiendo la misma suerte el literal c) del artículo 3° de la Ordenanza N° 342-MDB, que reprodujo en su texto tal definición; por cuanto se entiende que la Ley define el “espacio público cerrado” como un ambiente cerrado entre paredes lo cual puede ocurrir con un número indistinto de paredes, según la estructura arquitectónica del recinto.**

DÉCIMO TERCERO: Finalmente, al emitirse la Resolución N° 0200-2013/SDC-INDECOPI de fecha 31 de enero de 2013, por la que se revoca la Resolución N° 0104-2012/CEB-INDECOPI, y reformándola declaró infundada la denuncia, se ha incurrido en causal de nulidad prevista en el numeral 1 del artículo 10° de la Ley N° 27444 Ley que regula el Procedimiento Administrativo General.

PARTE RESOLUTIVA:

Por cuyas consideraciones, este Colegiado en el ejercicio de sus atribuciones, de conformidad con los dispositivos legales señalados, **RESUELVE: REVOCAR** la sentencia contenida en la resolución número diez de fecha treinta de setiembre de dos mil catorce, a través de la cual se declara infundada; y **REFORMÁNDOLA** se declara **fundada la demanda**, determinándose que la definición de “espacio público cerrado” establecida en el numeral 2 del artículo 4° del D.S. 015-2008-SA, modificado por el D.S. 001-

³ RIVERO, JEAN, *Derecho Administrativo*, Traducción de la 9ª. Edición, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas-Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984, páginas 230-231.

2011-SA y literal c) del artículo 3° de la Ordenanza 342-MDB, **constituyen una barrera burocrática ilegal, no establecida en la Ley N° 28705.** En los autos seguidos por INVERSIONES EIVESSA S.A.C. contra el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, Ministerio de Salud y Municipalidad Distrital de Barranco, sobre impugnación de resolución administrativa.

S.S.

**WONG ABAD
GAMARRA**

TORRES

DÁVILA BRONCANO

**EL VOTO SINGULAR DEL SEÑOR JUEZ SUPERIOR TORRES GAMARRA
ES COMO SIGUE:**

PRIMERO: Respecto a los agravios consistentes en que *no se ha analizado si la Municipalidad Distrital de Barranco contaba con atribuciones y competencias para emitir una norma que restrinja el consumo del tabaco, o, en el caso del Ministerio de Salud, establecer un concepto más estricto de “espacio público cerrado”, que el desarrollado en la Ley N° 28705;* vulnerándose con ello el principio de legalidad es del caso sostener que el argumento señalado por la apelante respecto a que el Juez habría omitido las atribuciones y competencias de la Municipalidad Distrital de Miraflores y en su caso el Ministerio de Salud respecto a la definición de “espacio público cerrado” no es cierto. Se puede estar en desacuerdo o no con la posición adoptada por la A quo, pero en el presente caso no se puede alegar dicha omisión de sustento, lo que en el fondo implicaría una causal de nulidad de la recurrida. Sin embargo ello no es así, por lo que se debe proceder a analizar el fondo.

SEGUNDO: En lo que concierne al agravio según el artículo 51 de la Constitución, ésta prevalece sobre toda norma legal y la ley sobre las normas de inferior jerarquía y así sucesivamente. Los Reglamentos se ajustan a los principio de competencia, transparencia y jerarquía, encontrándose imposibilitados de trasgredir o desnaturalizar la ley. Que la definición de “espacios públicos cerrados” establecido en la Ley 28705 no fue objeto de desarrollo, que dicha Ley modificada por el artículo 2 de la Ley 29517 establece

que un espacio público se entiende como “cerrado entre paredes” siendo que el Reglamento lo modificó a “que tenga más de una pared” y de igual manera cambió el “independientemente del material utilizado” incluyendo “independientemente... de su extensión o altura”, lo cual incluiría también a las paredes, cuando ello no había sido contemplado en la Ley 28705, es menester señalar que efectivamente tal agravio corresponde ser amparado en la medida no sólo no es objeto de discusión la prevalencia de la Ley sobre el Reglamento, sino que en el presente caso el Reglamento modifica la señalado en la ley, desnaturalizando su contenido, razón por la cual constituye una barrera burocrática ilegal. Sobre el particular es de referir que la vinculación a la ley como expresión de la voluntad general es más intensa que la vinculación al Reglamento, al ser ésta una norma de rango inferior; es por ello que nuestro ordenamiento constitucional prescribe que corresponde al Presidente de la República de acuerdo al artículo 8 de la Constitución: “*Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones*”. En el caso de autos, ¿La Ley 28705 **debía ser reglamentada**? Si, por cuanto de acuerdo al artículo 19 de la indicada ley, se facultó al Poder Ejecutivo para que en el plazo de noventa (90) días naturales, contados a partir de la vigencia de la presente Ley, dicte las normas reglamentarias que regulen además las sanciones administrativas a imponerse, por inobservancia y/o incumplimiento de la presente Ley en lo que corresponda. ¿Se dio el Reglamento? Si. Pero se dio antes de la modificatoria. Lo que subyace de lo anterior de manera inobjetable es que debe primar la Ley, siendo que corresponderá a la autoridad competente establecer dicha definición, respetando el principio de legalidad.

TERCERO: Respecto a que la Municipalidad de Barranco como sostiene la A quo, no ha ejercido potestad normativa alguna en la expedición de la Ordenanza 342-MDB pues la misma no constituye una normativa nueva o diferente a la ya existente, esto es la señalada en el Decreto Supremo 015-2008-SA, en modo alguno resulta justificable por cuanto en principio tal Municipalidad al expedir la Ordenanza indicada lo que ha hecho es incorporar dentro de su ordenamiento una disposición expresa, independientemente de si ha recogido o no lo dispuesto en el ordenamiento; asumir que la materia ya estaba regulada y que la indicada Ordenanza sólo ha recogido dichas prohibiciones no es cierto en estricto, por cuanto es distinto invocar una norma en el sustento de una decisión específica al hecho de incorporar dentro del ordenamiento municipal una norma de alcance general como sería la

Ordenanza en mención, estableciéndose que con su emisión hubo una vocación normativa.

Por las consideraciones precedentes corresponde **REVOCARSE LA SENTENCIA** que declara INFUNDADA la demanda y **REFORMANDOLA SE DECLARA FUNDADA.**

TORRES GAMARRA