

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Programa de Segunda Especialidad en Derecho
Administrativo

¿Las medidas correctivas impuestas en el marco de la
actividad de fiscalización y en un procedimiento
administrativo sancionador pueden constituir barreras
burocráticas?

Trabajo académico para optar el título de Segunda
Especialidad en Derecho Administrativo

Autor:

Allison Dayane Stephanie Pereyra Pachas

Asesor:

Vicente Alberto Cairampoma Arroyo

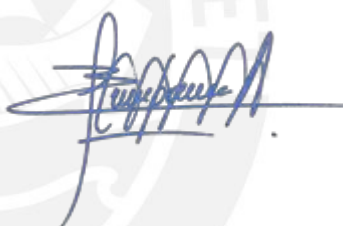
Lima, 2024

Informe de Similitud

Yo, VICENTE ALBERTO CAIRAMPOMA ARROYO, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo Académico titulado “¿Las medidas correctivas impuestas en el marco de la actividad de fiscalización y en un procedimiento administrativo sancionador pueden constituir barreras burocráticas?”, del autor(a) ALLISON DAYANE STEPHANIE PEREYRA PACHAS, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 34%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 16/12/2024.
- He revisado con detalle dicho reporte y el Trabajo Académico, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 16 de diciembre del 2024

VICENTE ALBERTO CAIRAMPOMA ARROYO	
DNI: 40139896	
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-9706-4910	
	Firma:

RESUMEN

El presente artículo busca abordar una problemática que viene suscitándose en las resoluciones emitidas por la Comisión y Sala de Eliminación de Barreras Burocráticas, en primera y segunda instancia respectivamente.

Dicha problemática consiste en determinar si las medidas correctivas impuestas en el marco de la actividad de fiscalización y en el marco de un procedimiento administrativo sancionador pueden constituir barreras burocráticas debido a que generan los efectos propios de una barrera. Es decir, condicionan, restringen u obstaculizan el acceso y/o permanencia de los agentes económicos en el mercado.

Ambos marcos (fiscalización y procedimiento sancionador) merecen especial atención debido a que, en principio, la actividad de fiscalización por su propia naturaleza que implica que la administración corrobore el cumplimiento de las obligaciones legales asumidas por los administrados en virtud de títulos habilitantes y tiene una finalidad preventiva, no debería generar ese tipo de consecuencias. Sin embargo, no siempre sucede así.

Por otro lado, en cuanto al sancionador, tenemos que la imposición de sanciones se encuentra excluida de las competencias de la CEB/SEL por el literal j) del numeral 3 del artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1256. No obstante, consideramos que existen elementos que permitirían realizar un análisis sobre un posible eventual pronunciamiento por parte de la autoridad.

Por ello, el análisis se servirá de 3 Resoluciones emitidas por la CEB/SEL a efectos de analizar el razonamiento que llevó a la autoridad a declarar la improcedencia de las denuncias y poder brindar una respuesta a la problemática planteada.

Palabras clave

Barreras burocráticas, actividad de policía, medidas correctivas, procedimiento administrativo sancionador y fiscalización.

ABSTRACT

This article aims to address a problem that has been arising in the resolutions issued by the Commission and the Bureaucratic Barrier Elimination Chamber (CEB/SEL), in the first and second instances, respectively.

The problem at hand is determining whether corrective measures imposed within the framework of oversight activities and within the framework of an administrative sanctioning procedure can constitute bureaucratic barriers, as they generate the effects typical of such barriers. That is, they condition, restrict, or hinder the access and/or permanence of economic agents in the market.

Both frameworks (oversight and sanctioning procedures) deserve special attention because, in principle, the oversight activity—by its very nature, which involves the administration verifying the compliance with legal obligations assumed by the regulated parties under enabling titles and has a preventive purpose—should not generate these kinds of consequences. However, this is not always the case.

On the other hand, regarding the sanctioning process, we must note that the imposition of sanctions is excluded from the competencies of the CEB/SEL according to item j) of paragraph 3 of Article 3 of Legislative Decree No. 1256. However, we believe that there are elements that would allow for an analysis of a possible eventual ruling by the authority.

Therefore, the analysis will draw upon 3 resolutions issued by the CEB/SEL to examine the reasoning that led the authority to declare the complaints inadmissible and to provide a response to the issue raised.

Keywords

Bureaucratic barriers, police activity, corrective measures, administrative sanctioning procedure and inspection

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	4
I. CAPÍTULO 1: Las barreras burocráticas en el ordenamiento jurídico peruano	5
1.1. ¿Qué son las barreras burocráticas?	5
1.2. ¿En qué actividad de la administración se encuentran las barreras burocráticas?	6
1.2.1. Actividades bajo la competencia de la CEB/SEL	8
1.2.2. Las medidas administrativas	9
1.2.3 Planteamiento del problema: ¿Las medidas correctivas pueden ser barreras burocráticas?	11
II. CAPÍTULO 2: Las medidas correctivas en la actividad de fiscalización y en un procedimiento administrativo sancionador	12
2.1. La actividad de fiscalización	12
2.2. El procedimiento administrativo sancionador	13
III. CAPÍTULO 3: Criterios del Indecopi	14
3.1. El caso Cineplex	15
3.2. El caso Soyuz	17
3.3. El caso Molitalia	18
3.4. Análisis de los casos planteados	19
IV. CAPÍTULO 4: ¿Las medidas correctivas impuestas en el marco de la actividad de fiscalización y en un procedimiento administrativo sancionador pueden constituir barreras burocráticas?	20
VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES	25
BIBLIOGRAFÍA	26

INTRODUCCIÓN

En el presente artículo se busca realizar un análisis sobre la posibilidad de que las medidas correctivas sean declaradas como barreras burocráticas por la Comisión o Sala de Eliminación de Barreras Burocráticas.

La administración realiza diversas actividades, siendo una de las más importantes la actividad de policía debido ejerce su poder de policía para establecer limitaciones a derechos adquiridos por los administrados a efectos de hacer compatible la actividad realizada con el interés general y proteger los derechos de los demás administrados.

Dentro de esta actividad de policía se encuentran la actividad de fiscalización que tiene una finalidad preventiva y le permite a la administración corroborar la legalidad de las actuaciones de los administrados y el procedimiento administrativo sancionador el cual determina la responsabilidad administrativa por la comisión de una infracción por parte del administrado.

Es en estos dos escenarios donde la administración va a ejercer su poder de policía en aras de tutelar diversos intereses y para ello, el ordenamiento jurídico peruano le brinda a la administración la adopción de diversas medidas administrativas siendo las más importantes a efectos del presente artículo las medidas correctivas.

Dichas medidas correctivas deben sujetarse al principio de legalidad y proporcionalidad. Sin embargo, ello no siempre sucede así y podrían existir casos donde sean dictadas por una entidad que no tiene competencias para hacerlo y no sean proporcionales.

Sumado a ello, podrían tener como efectos condicionar, restringir u obstaculizar el acceso y/o permanencia de los agentes económicos en el mercado y en estos casos, los administrados podrían iniciar un procedimiento de eliminación de barreras burocráticas.

Sin embargo, tal como veremos el criterio del Indecopi que data desde el 2016 hasta la actualidad viene siendo el de declarar la improcedencia de estas denuncias por diversos motivos que serán desarrollados a lo largo del presente artículo.

I. CAPÍTULO 1: Las barreras burocráticas en el ordenamiento jurídico peruano

1.1. ¿Qué son las barreras burocráticas?

Conforme al numeral 3 del artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1256, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas (en adelante, “DL N° 1256”), las barreras burocráticas son definidas como aquellas en las que encontramos los siguientes elementos:

- a) Contenido: Exigencias, requisitos, limitaciones, prohibiciones y/o cobros
- b) Entidad de la administración que los impone en ejercicio de la función administrativa.
- c) Tiene como efecto condicionar, restringir u obstaculizar el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado.
- d) También puede tener como efecto afectar a los administrados en la tramitación de procedimientos que se encuentran sujetos a simplificación administrativa.
- e) Estos efectos pueden tener incidencia directa o indirecta sobre el administrado.

Otro aspecto importante para tener en consideración es que conforme al numeral 4 del artículo 3 del DL 1256, las barreras se pueden materializar en actos administrativos, disposiciones administrativas y actuaciones materiales.

De conformidad con el artículo 1 del TUO de la LPAG, los actos administrativos son declaraciones de las entidades que están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.

Las disposiciones administrativas son aquellos dispositivos normativos emitidos por una entidad que se caracteriza por producir efectos jurídicos abstractos y generales sobre un grupo indeterminado de administrados y/o agentes económicos.

Por último, en cuanto a las actuaciones materiales, estas son aquellas manifestaciones, actividades que realiza una entidad que sin constituirse en acto o disposición produce efectos jurídicos sobre el administrado y/o agente económico.

En ese sentido, las barreras burocráticas son aquellos actos o disposiciones que han sido emitidas por una entidad del estado en ejercicio de la función administrativa y que tienen como consecuencia que impidan u obstaculicen el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado.

Al respecto, es importante señalar que no todas las barreras burocráticas son sancionadas si no, únicamente aquellas que resultan ilegales o irracionales. Ello será determinado por la CEB y la SEL mediante un análisis de legalidad y razonabilidad.

1.2. ¿En qué actividad de la administración se encuentran las barreras burocráticas?

Habiendo abordado la definición de barreras burocráticas que brinda la normativa peruana, es pertinente contextualizar las actuaciones de la administración en las que podemos encontrarnos frente a ellas. Por ello, es preciso abordar la función administrativa.

Si bien existen muchas definiciones brindadas por la doctrina sobre lo que es la función administrativa, a efectos del presente trabajo vamos a definirla como aquella función propiamente dicha mediante la cual la administración puede cumplir con su finalidad en aras del interés general.

Tal como señala Guzmán Napurí, la función administrativa se dota de contenido con las actividades que realiza la administración en mérito de esta (Guzmán Napurí 2008, pp.7). Por ello, señalaremos brevemente cuales son estas actividades;

- a) Actividad de policía
- b) Actividad prestacional
- c) Actividad de fomento

- d) Actividad normativa
- e) Actividad sancionadora

Tal como podemos observar, entre las manifestaciones de la función administrativa se encuentra la actividad de policía, a través de la cual las entidades tienen la posibilidad de limitar de manera obligatoria el disfrute de los derechos reconocidos a los particulares en la Constitución, a fin de alinearlos al interés general, y de exigir el respeto de dichas restricciones (Indecopi, 2021. Pp. 15).

En ese sentido, tal como hemos mencionado en el párrafo precedente, las entidades ejercen este poder para limitar el ejercicio de ciertos derechos de los administrados y de esta manera hacer el ejercicio de dichos derechos compatible con el interés público.

Por lo tanto, y en relación al tema que nos atañe, es en esta actividad de policía donde las entidades son propensas a establecer requisitos, limitaciones, prohibiciones y/o cobros que podrían resultar siendo barreras burocráticas.

Siguiendo dicha línea, esta actividad se sirve de la actividad sancionadora que exige que se cuenten con mecanismos para sancionar la comisión de infracciones por parte de los administrados que han asumido obligaciones legales en virtud de un título habilitante, contrato, entre otros bajo la competencia de la entidad.

Ahora bien, a efectos de ejemplificar lo señalado hasta este punto, pensemos en un caso. Tenemos a una empresa de telecomunicaciones que desea instalar infraestructura de telecomunicaciones en un distrito (postes, cables) para lo cual presenta los requisitos contemplados en la Ley N° 29022 y su reglamento ante una Municipalidad.

La Municipalidad, en aras de proteger el ornato del distrito, le exige a esta empresa un requisito adicional no contemplado en la ley. Ello evidentemente constituiría una barrera burocrática debido a que las municipalidades no pueden exigir requisitos que no tengan un sustento legal.

Y es que, para la Municipalidad, la exigencia de este requisito podría resultar válido en tanto busca proteger un interés público y para ello, ejerce su poder de

policía y busca limitar la obtención de un título habilitante, realizando la exigencia de un requisito adicional.

Por ello, podemos concluir el presente punto señalando que las barreras burocráticas se presentan en el ejercicio de la actividad de policía de la administración pública.

1.2.1. Actividades bajo la competencia de la CEB/SEL

Es importante determinar las competencias de la CEB/SEL puesto que no todas las actividades que realice la administración pública van a ser objeto de control por parte de la autoridad.

En ese sentido, debemos empezar precisando que el artículo 2 del DL 1256 señala que su ámbito de aplicación es para todas las entidades de la administración pública señaladas como tal en el artículo I del Título Preliminar de la Ley N° 2744 o la norma que la sustituya que en este caso sería el Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 (en adelante, el "TUO de la LPAG"),

En cuanto a personas naturales, esta se aplica para todo funcionario, servidor público o cualquier persona que ejerza funciones administrativas por delegación, bajo cualquier régimen laboral o contractual.

Dicho ello, consideramos que es más armonioso señalar cuales son las actividades expresamente excluidas por el DL 1256 de las competencias de la CEB/SEL.

En primer lugar, tenemos las leyes u otras normas con rango de ley, emitidas al amparo de la función legislativa. No obstante, ello, la CEB/SEL si cuentan con competencias para pronunciarse sobre las Ordenanzas Regionales y Municipales, las cuales también cuentan con rango legal.

Ello a pesar de que el mecanismo previsto por el ordenamiento jurídico peruano para el cuestionamiento de leyes, Ordenanzas regionales y municipales es la acción de inconstitucionalidad.

También se encuentran excluidas de su ámbito aquellas que pertenecen a la actividad de contratación. Ello involucra las exigencias, requisitos, limitaciones, prohibiciones y/o cobros que hayan sido asumidos por los administrados en virtud de algún contrato suscrito válidamente con alguna entidad.

De igual manera, se excluye aquellos requisitos que se encuentren contenidos en alguna base de algún tipo de concurso para contratar con el estado. Por ejemplo, los requisitos contenidos en las bases de una licitación pública.

Otra actividad que se encuentra expresamente excluida y a la cual debemos hacer mayor énfasis es la actividad sancionadora. El literal j) del numeral 3 del artículo 3 del DL 1256 señala que no se consideran barreras burocráticas dentro del ámbito de la ley la imposición de sanciones.

Sin perjuicio de ello, la sanción puede ser utilizada para acreditar la existencia de una barrera.

Ello debido a que se considera que la sede administrativa, exclusivamente la CEB/SEL, no tienen por objetivo revisar todas las actuaciones de las diversas entidades realizadas al amparo de la función administrativa.

En ese sentido, podemos determinar que la actividad sancionadora de la administración se encuentra expresamente excluida de las competencias de la CE/SEL y es que el resultado de la misma es la imposición de sanciones al administrado (una vez acreditada su responsabilidad en la comisión de una infracción).

1.2.2. Las medidas administrativas

Sobre este punto es necesario distinguir las medidas administrativas previstas en el TUO de la LPAG para la actividad de fiscalización y para el procedimiento administrativo sancionador.

En cuanto a la actividad de fiscalización, el artículo 245 del TUO de la LPAG señala las formas en las que esta puede concluir y se menciona que la administración puede imponer medidas correctivas.

Conforme al artículo 246, las entidades solo podrán dictar medidas correctivas y cautelares siempre que estén habilitadas para ello por Ley o Decreto Legislativo y mediante decisión motivada en observancia estricta del principio de proporcionalidad.

Entonces, de la norma común (TUO de la LPAG) se desprende que durante la actividad de fiscalización las medidas que podrá adoptar la administración son las correctivas y las cautelares.

Las medidas correctivas son medidas constitutivas del poder de policía que son impuestas por la administración cuando ha corroborado que la ilicitud de una conducta ha alterado el orden público y con su imposición, busca imponer al administrado un acto gravoso destinado a restaurar ese orden alterado.

En ese sentido, los tipos de medidas correctiva más comunes son el cese de operaciones, el cese de obras, de comercialización de productos que no cumplen con los estándares de calidad, suspensión de actividades, clausura de locales, demolición de obras, publicación de un aviso rectificatorio, entre otros.

Asimismo, también el mencionado autor (Morón, 2019) señala que las medidas correctivas son actos administrativos que la ley faculta a las autoridades ante la comprobación de actos irregulares para poder restaurar la legalidad alterada (pp. 362).

Esta definición es importante debido a que, al ser actos administrativos, se encontrarán inmersos dentro de las competencias de la CEB/SEL conforme señala el numeral 4 del artículo 3 del DL 1256.

Ello se encuentra recogido en el numeral 4 del artículo 3 del DL 1256 ya mencionado anteriormente, que señala que las barreras burocráticas pueden encontrarse materializadas en actos administrativos, disposiciones administrativas y/o actuaciones materiales.

El mencionado artículo 246 del TUO de la LPAG también hace referencias a las medidas cautelares. Estas medidas se diferencian de las medidas correctivas en tanto tienen por finalidad (Espinosa Saldaña) asegurar una cabal tutela de los derechos ciudadanos (pp. 178).

En cuanto al procedimiento administrativo sancionador, conforme a los artículos 256 y 258 del TUO de la LPAG, la administración puede adoptar medidas cautelares, correctivas y provisionales.

Las medidas provisionales son definidas como aquellas que buscan asegurar la eficacia de la resolución final a emitirse en el procedimiento administrativo sancionador. A diferencia de la medida cautelar, esta busca tutelar el interés general que la administración tiene a su cargo.

Las medidas provisionales no se encuentran contempladas en la actividad de fiscalización debido a que su objetivo, como ya hemos mencionado es asegurar la eficacia de la resolución final a emitirse y la fiscalización no concluye con la emisión de una resolución final.

Por lo que, las medidas administrativas que la administración puede adoptar en el marco de una fiscalización son las correctivas y las cautelares mientras que, en un procedimiento sancionador, correctivas, cautelares y provisionales, encontrando a las medidas cautelares en ambas actividades.

1.2.3 Planteamiento del problema: ¿Las medidas correctivas pueden ser barreras burocráticas?

Habiendo determinado que las medidas correctivas se encuentran presente tanto en la actividad de fiscalización como en el procedimiento administrativo sancionador surge la interrogante sobre si las mismas pueden constituir barreras burocráticas susceptibles de ser analizadas por la CEB/SEL.

En cuanto a la fiscalización, el DL 1256 no la excluye de su ámbito de aplicación. Sin embargo, se deben dilucidar ciertas cuestiones para que la autoridad no declare la denuncia improcedente o inadmisibles.

Por otro lado, en cuanto al procedimiento sancionador, el DL 1256 si contiene una prohibición expresa para el caso de las sanciones y es que señala que estas no se encuentran bajo el ámbito de competencias de la CEB/SEL.

En virtud del mencionado artículo, tanto la Comisión como la Sala se han pronunciado señalando que no cuentan con competencias para analizar los actos emitidos en ejercicio de la potestad sancionadora.

Por lo que, la pregunta que es materia del presente artículo; ¿Las medidas correctivas pueden ser barreras burocráticas? se responderá abordando las problemáticas que plantean ambos escenarios.

II. CAPÍTULO 2: Las medidas correctivas en la actividad de fiscalización y en un procedimiento administrativo sancionador

2.1. La actividad de fiscalización

Nos referimos a la actividad de fiscalización que es definida como una actividad administrativa que constituye el conjunto de actos y diligencias de investigación sobre el cumplimiento de las obligaciones legales de los administrados, de conformidad al artículo 239 del TUO de la LPAG.

La actividad administrativa de fiscalización no tiene por objetivo producir efectos jurídicos sobre los particulares en tanto tiene una finalidad preventiva que busca asegurar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en las normas para el desarrollo de ciertas actividades realizadas por los administrados y no busca la sanción.

Sobre ello, Morón (2019) señala que la fiscalización tiene una finalidad preventiva y correctiva en tanto busca prevenir incumplimientos por parte de los administrados y en caso de los detecte, busca corregirlos. Con mayor importancia aun, sostiene que la administración pública no fiscaliza para sancionar (pp. 316).

Al respecto, Villegas (2022) señala que la fiscalización tiene por finalidad la constatación del cumplimiento normativo por ello, se busca corroborar la legalidad las actividades realizadas por los administrados y no la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos en los mismos (pp. 3).

Conforme al artículo 245 del TUO de la LPAG, los supuestos mediante los cuales la autoridad administrativa puede concluir la actividad de fiscalización son siete (07) siendo la que merece mayor atención a efectos del presente trabajo, la adopción de medidas correctivas.

Como podemos observar, en caso se detecte un incumplimiento por parte del administrado susceptible de ser sancionado, la entidad administrativa puede disponer el inicio de un procedimiento administrativo sancionador a efectos de determinar la responsabilidad del administrado y sancionarlo, de corresponder.

Asimismo, debido a que la finalidad de la fiscalización no se agota en la mera verificación de la legalidad de las actividades realizadas por los administrados, si no, también en su restablecimiento en caso se detecten incumplimientos que la hayan alterado, es donde cobran especial relevancia las medidas correctivas.

Como ya hemos visto, las medidas correctivas buscan reestablecer la legalidad alterada por la comisión de la infracción y es común que la administración las ordene en el marco de una fiscalización.

2.2. El procedimiento administrativo sancionador

Una vez la administración cuenta con los elementos suficientes para justificar el inicio formal de un procedimiento sancionador, esta deberá realizar la notificación de la resolución que da inicio al procedimiento.

Parte de esta convicción generada a la administración puede provenir de la actividad de fiscalización que ha culminado con la recomendación de un procedimiento sancionador.

También la administración podrá disponer de actuaciones previas con el objetivo de recabar mayor información para poder realizar de manera posterior. Esta es considerada la fase previa al inicio del procedimiento sancionador.

Una vez tomada la decisión de iniciarlo, se deberá emitir una resolución de inicio de sancionador que deberá estar debidamente motivado y deberá contener los hechos, la base legal, la imputación de las infracciones presuntamente cometidas por el administrado y la posible sanción administrativa.

El administrado contará con mínimo cinco (05) días hábiles a efectos de formular sus descargos y ejercer su derecho de defensa. Una vez vencido dicho plazo la autoridad deberá realizar todas las actuaciones que considere necesarias para analizar los hechos, pruebas y cualquier otra información que coadyuve a determinar la existencia de responsabilidad susceptible de sanción.

La finalidad del procedimiento sancionador es determinar la responsabilidad administrativa en la comisión de una infracción por parte del administrado. Una vez determinada esta responsabilidad, la administración deberá disponer una sanción que tiene por finalidad disuadir de la conducta infractora al administrado y de manera general, a otros administrados.

Ahora bien, la sanción no es el único acto gravoso que la administración se encuentra facultada a imponer sino también, medidas correctivas, cautelares y provisionales conforme hemos desarrollado en el apartado 1.2.2 del presente artículo.

III. CAPÍTULO 3: Criterios del Indecopi

En esta sección, comentaremos y analizaremos 3 casos en los que la Comisión y Sala se han pronunciado sobre las medidas correctivas como medios de materialización de barreras burocráticas.

En primer lugar, el Caso Soyuz recaído en la Resolución N° 0768-2014/STCEB-INDECOPI. En el presente, la denuncia se declaró improcedente bajo las siguientes consideraciones; la medida correctiva se emitió en el marco de un procedimiento sancionador por infracción a las normas de protección al consumidor.

La misma no significaba la imposición de una nueva condición de acceso o permanencia exigible a la denunciante en ejercicio de la función administrativa del Estado, sino que es la consecuencia accesoria de la evaluación y determinación de una infracción administrativa cometida por el denunciante.

En segundo lugar, el Caso Cineplex recaído en la Resolución N° 0298-2018/CEB-INDECOPI. La Comisión también declaró la improcedencia de la denuncia bajo los siguientes fundamentos.

El numeral 3. del artículo 3° del DL N° 1256 no excluye a las medidas correctivas como barreras burocráticas que la Comisión pueda valorar en un procedimiento a su cargo como sí ocurre, por ejemplo, con relación a las medidas contenidas en normas legales o contratos suscritos por una entidad.

Por ello, la Comisión si sería competente para valorar las medidas correctivas como barreras burocráticas en tanto estas son conducentes a ordenar la reposición o la reparación de la situación alterada por la infracción (de la cual deriva la sanción) a su estado anterior.

Sin embargo, en el caso concreto se advierte que las medidas correctivas derivan directamente y de modo inequívoco de la conducta identificada como infracción administrativa por la Sala de Protección al Consumidor (en adelante, "SPC").

Por último, señalaron que el admitir la denuncia implicaría realizar una evaluación de lo decidido por la SPC.

En tercer lugar, tenemos el caso Molitalia, recaído en la Resolución N° 0274-2022/SEL- INDECOPI. La Sala declaró improcedente la denuncia bajo el argumento de que las medidas correctivas son una consecuencia accesoria de la evaluación y determinación de la comisión de un acto antijurídico, cuya finalidad es evitar que la conducta identificada como infracción al Código de Protección y Defensa del Consumidor se produzca nuevamente.

En ese sentido, podemos ver que existe un criterio del Indecopi en declarar improcedentes las denuncias que versan sobre la materia. En los siguientes puntos se analizarán a mayor detalle aquellos argumentos. Ahora bien, a continuación, ahondaremos más en estos casos.

3.1. El caso Cineplex

El primer caso que nos atañe es el caso Cineplex, recaído en el Expediente N° 000084-2018/CEB. En este caso el denunciante fue la empresa Cineplex S.A y el denunciado el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la protección de la propiedad intelectual (en adelante, "Indecopi").

Mediante la Resolución N° 0552-2021/SEL- INDECOPI la SEL declaró la improcedencia de la denuncia. A continuación, repasaremos los fundamentos que la llevaron a adoptar tal decisión.

En primer lugar, las barreras burocráticas denunciadas fueron a) la exigencia materializada en la Resolución N° 0219-2018/SPC-INDECOPI de permitir a los consumidores ingresar a las salas de cine alimentos y/o bebidas adquiridas fuera del establecimiento y b) la exigencia de retirar de las salas de cine el aviso que informaba a los consumidores que no estaba permitido ingresar con alimentos y/o bebidas adquiridas fuera del establecimiento, materializada en la misma resolución. Cabe precisar que dichas medidas correctivas fueron impuestas por la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi.

La SEL en su análisis señala que es importante tener en cuenta que dichas medidas correctivas fueron ordenadas en el marco de un procedimiento sancionar en materia de protección al consumidor.

Entonces, señala que conforme al artículo 114 del Código de Protección del Consumidor (en adelante, "CPC") se pueden dictar medidas correctivas de tipo reparadoras y complementarias, además de las sanciones correspondientes al proveedor que infrinja las disposiciones contenidas en el presente CPC.

Así, conforme al artículo 116 del mencionado cuerpo legal, en caso se determine la responsabilidad de un proveedor y la vulneración de los derechos de los consumidores, se podrán emitir mandatos complementarios que constituyen medidas correctivas reparadoras y/o complementarias.

Teniendo en cuenta ello, señala que las medidas correctivas son la consecuencia de un procedimiento administrativo, constituyen un mandato adicional a la imposición de una sanción y se sustentan en la existencia de una infracción. Entonces, estas medidas correctivas son impuestas una vez se ha acreditado la ilicitud de la actuación del proveedor.

Lo más importante del análisis es la conclusión a la que llega la SEL y es que en materia de protección al consumidor se evidencia que existe una relación de dependencia de las medidas correctivas con el ejercicio de la potestad sancionadora.

Debido a esta vinculación señala que no es posible separar la medida correctiva del procedimiento sancionador y no supone la creación de un deber jurídico distinto e independiente al deber infringido.

Por ello, es que la SEL declara la improcedencia de la denuncia al considerar que no es posible evaluar únicamente la medida correctiva debido a su vinculación con la sanción, y hacerlo implica que esta exceda sus competencias.

3.2. El caso Soyuz

El caso Soyuz recae en el Expediente N° 0419-2014/CEB y en la Resolución 0388-2016/SDC-INDECOPI emitida por la Sala de Defensa de la Competencia, esta declara la improcedencia de la denuncia. Encontramos como denunciante encontramos a la empresa Soyuz S.A y la Indecopi como denunciado.

La barrera burocrática cuestionada fue una medida correctiva que consistía prohibición de embarcar a los usuarios en paraderos no autorizados, ordenada por la Sala Especializada en Protección al Consumidor.

Al igual que en el primer caso, la SDC declaró que dicha medida correctiva había sido impuesta como consecuencia de un procedimiento sancionador por infracción al artículo 25 del CPC que recoge el deber general de seguridad.

En el procedimiento sancionador, la SPC determinó que Soyuz habría puesto en peligro la seguridad de los consumidores al recoger pasajeros en lugares no autorizados y por ello, ordenó como medida correctiva la prohibición de realizar dichas actividades nuevamente.

Ello es importante debido a que en el análisis que realiza la SDC concluye que dicha medida correctiva no implica una carga nueva para el proveedor y por lo tanto, no se está frente a una nueva exigencia, requisito, limitación y/o cobro que impida u obstaculice el acceso o permanencia de un agente en el mercado. Es decir, no despliega los efectos negativos propios de una barrera burocrática.

En este caso, la medida correctiva consiste en que el administrado no vuelva a cometer la infracción que vino cometiendo al recoger pasajeros en lugares no autorizados.

Asimismo, señaló que, en el presente caso, Soyuz no solo estaba cuestionando la medida correctiva sino la integridad del pronunciamiento emitido por la SPC en el procedimiento sancionador, lo cual, evidentemente se encuentra fuera del ámbito de las competencias de la SDC.

Por todo ello es que la SDC declara la nulidad de la Resolución N° 0768-2014/STCEBINDECOPI del 27 de noviembre de 2014 y de todo lo actuado y en vía de integración, declara la improcedencia de la denuncia.

3.3. El caso Molitalia

El caso Molitalia recae en el Expediente N° 000285-2019/CEB donde encontramos como denunciante a la empresa Molitalia S.A y como denunciado al Indecopi. Este caso es el más reciente debido a que es del año 2022 y la Resolución emitida por la SEL es la N° 0274-2022/SEL- INDECOPI.

Las presuntas barreras burocráticas cuestionadas son las medidas correctivas impuestas por la SPC que consisten en; (i) La exigencia de consignar dentro de la cara de visualización principal del empaque del producto denominado “Choco Donuts”, que este contiene insumos transgénicos utilizados para su fabricación, y (ii) la exigencia de precisar en la parte de “ingredientes” qué insumos se configuran como transgénicos.

En este caso, al igual que en el caso Cineplex, la SEL consideró que dichas medidas correctivas son una consecuencia accesoria de la determinación de la responsabilidad administrativa por parte del proveedor. Por otro lado, al igual que en el caso Soyuz, consideró que las mismas no implican la creación de un nuevo deber jurídico.

En tal sentido, no es posible desligar la medida correctiva de la conducta infractora debido a que estas son una consecuencia de la determinación de la

responsabilidad del proveedor y por ello pronunciarse y analizar dichas presuntas barreras se encuentra excluido de sus competencias.

Finalmente, señala que, en materia de protección al consumidor, estas medidas correctivas no implican la creación de un nuevo deber jurídico en tanto buscan reestablecer la legalidad alterada, constituyen un deber jurídico preexistente para el proveedor que no genera los efectos propios de una barrera burocrática.

Por todo ello es que la SEL confirma la Resolución N° 0013-2020/CEB-INDECOPI del 10 de enero de 2020, que declaró improcedente la denuncia presentada por Molitalia S.A.

3.4. Análisis de los casos planteados

De la revisión de los 3 casos planteados, podemos encontrar ciertos elementos en común en cuanto a que todos versan sobre medidas correctivas impuestas por la Sala Especializada en protección al consumidor en el marco de un procedimiento administrativo sancionador.

En cuanto al razonamiento del Indecopi, coincide en que, en materia de protección al consumidor, las medidas correctivas son indesligables de la determinación de responsabilidad en el procedimiento sancionador y tienen como sustento la existencia de una infracción.

Asimismo, también coinciden en que, en estos casos, las medidas correctivas no implican un deber jurídico nuevo para el proveedor que le pueda generar los efectos propios de una barrera burocrática.

Al respecto, coincidimos con este último punto en cuanto a que el denunciante deberá acreditar que la medida correctiva esté generando efectos perjudiciales tendientes a afectar su continuidad o permanencia en el mercado.

El caso que más llama la atención sobre este punto es el caso Soyuz en el cual la medida correctiva consistió en la prohibición de recoger pasajeros en paraderos no autorizados debido a que esta es una obligación legal que debe cumplir el proveedor para garantizar la seguridad de los pasajeros.

En este caso, la medida correctiva en realidad no lo es porque no está restableciendo la legalidad alterada puesto que es implícito que, si el proveedor es sancionado por la comisión de una infracción, la consecuencia lógica es que a partir de ese momento no incurra más en dicha falta administrativa.

Por lo que, nos encontramos de acuerdo con el análisis desarrollado por la autoridad al determinar que no constituye un deber nuevo para el administrado si no, exhortarlo a que actúe en cumplimiento de sus obligaciones legales cumpliendo con un deber asumido desde el inicio de sus operaciones.

Adicionalmente, el contenido de dicha medida correctiva no coloca al Soyuz en desventaja de sus competidores pues se espera que las empresas dedicadas al transporte de pasajeros garanticen la seguridad de estos recogidos en paraderos autorizados.

Por otro lado, como veremos más adelante, respecto al carácter indesligable de la medida correctiva del procedimiento sancionador, a nuestro criterio ello es erróneo.

Finalmente, otro aspecto que nos llama la atención sobre el caso Molitalia es que el denunciante señaló en uno de sus argumentos que, tras un análisis detallado de la medida correctiva aplicada, se puede concluir que la SPC ha tomado para sí la facultad de elaborar la normativa pertinente, en ausencia de la reglamentación que el Código del Consumidor debía haber promulgado dentro del plazo correspondiente.

Ello es importante debido a que las medidas correctivas se sujetan al principio de legalidad y si la SPC se ha arrogado competencias para imponer la medida, la SEL pudo haber realizado el primer análisis de legalidad de competencias y dicha medida hubiera sido declarada una barrera burocrática ilegal en favor del denunciante.

IV. CAPÍTULO 4: ¿Las medidas correctivas impuestas en el marco de la actividad de fiscalización y en un procedimiento administrativo sancionador pueden constituir barreras burocráticas?

En primer lugar, debemos establecer que el DL 1256 no contiene una prohibición expresa relacionada a los actos emitidos como consecuencia de la actividad de fiscalización y toda vez que la medida correctiva es un acto administrativo lo cual es una forma de materialización recogida en el mencionado DL, determinamos que no habría controversia alguna en señalar que la CEB/SEL son competentes para pronunciarse sobre las mismas.

Ello no sucede con las medidas correctivas impuestas en el marco de un procedimiento administrativo sancionador debido a que el DL 1256 tal como hemos visto si contiene una prohibición expresa que resulta en que la CEB/SEL no sean competentes para pronunciarse sobre los actos emitidos en ejercicio de la potestad sancionadora de la administración puesto que no todos los actos son de su competencia.

Entonces para comenzar a dilucidar esta segunda cuestión, coincidimos con lo señalado por Morón (Morón, 2019) cuando establece que es un entendimiento errado generalizar esas medidas como “penas accesorias” debido a que no responden el objetivo de las sanciones. Estas tienen por objetivo reestablecer la legalidad alterada por el infractor revirtiendo los efectos de su acción y reponiendo las cosas al estado anterior (pp.359).

En concordancia con ello, debemos señalar que, a nuestro criterio, las medidas correctivas deben ser consideradas con naturaleza autónoma en tanto persiguen distintos objetivos respecto de la sanción.

Por lo que, las medidas correctivas no constituyen una pena accesoria a la sanción impuesta en el marco de un procedimiento administrativo sancionador sino un acto gravoso independiente y, en consecuencia, establecemos que las mismas no son impuestas en ejercicio de la potestad sancionadora de la administración.

Por todo lo señalado hasta el momento, sería errado considerar que las medidas correctivas han sido impuestas por la entidad en ejercicio de su potestad sancionadora, debido a que estas son independientes de la sanción y no tienen una finalidad punitiva para el administrado. Es decir, no busca sancionar al administrado por la infracción cometido sino, busca reestablecer la legalidad alterada.

Es entendible que exista confusión respecto a la naturaleza de las medidas correctivas y se piense que las mismas forman parte de la sanción debido a que tanto la medida correctiva como la sanción surgen con ocasión de la comisión de actos ilícitos.

En adición, a efectos de diferenciar la sanción de la medida correctiva existen otros criterios que se debe tener en consideración tales como; la calificación legal realizada por el ordenamiento jurídico y, en caso la normativa no se pronuncie, se debe tener en cuenta la finalidad de la norma. Es decir, evaluar si es preventiva o represiva.

Por ejemplo, la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades señala en su artículo 52-A que las medidas correctivas aplicadas por la autoridad municipal pueden ser las de demolición, paralización de obras y otras determinadas por ley.

En ese sentido, si una Municipalidad decidiera disponer la paralización de una obra, esta no podrá ser considerada como una sanción debido a que la propia Ley Orgánica de Municipalidades le ha otorgado la calificación legal de medida correctiva.

Otro aspecto sobre el cual se diferencian ambas es por su naturaleza pues la sanción es constitutiva en tanto genera una nueva carga sobre el administrado mientras que la medida correctiva no en tanto no es una nueva carga sino, una antigua carga que debió haber sido cumplida por el administrado con anterioridad.

También encontramos el aspecto de determinación de responsabilidad administrativa pues la sanción es la consecuencia de la consumación del procedimiento administrativo sancionador por el cual el administrado debe haber transitado previamente y en el cual se debe haber determinado su responsabilidad en la comisión de una infracción. Ello no sucede para la imposición de medidas correctivas en tanto no es necesario que la administración haya determinado la responsabilidad previamente.

En cuanto a su alcance, mientras la sanción comprende únicamente al administrado que ha sido encontrado responsable de la comisión de una

infracción mientras que la medida correctiva tiene un alcance más general pues busca beneficiar un interés público y una legalidad que han sido vulnerados por la comisión de la infracción. También consideramos que la medida correctiva puede sobrevivir si la sanción es dejada sin efecto en tanto son independientes entre sí.

Por todo lo mencionado, consideramos que las medidas correctivas si podrían ser analizadas en un procedimiento de eliminación de barreras burocráticas. Principalmente porque son impuestas en ejercicio del poder de policía de la administración que como ya hemos señalado, es utilizado para proteger el orden e interés públicos, y no en el ejercicio de su potestad sancionadora y porque por su naturaleza consiste en restaurar la legalidad alterada más no la de aplicar un acto gravoso nuevo al administrado.

Ahora bien, si bien hemos determinado que las medidas correctivas no forman parte del ejercicio de la potestad sancionadora de la administración y por lo tanto, no se encuentran excluidas del ámbito de aplicación del DL 1256, es necesario hacer la vinculación con las barreras burocráticas.

Esta vinculación se da debido a que las medidas correctivas deben imponerse con sujeción al principio de legalidad y proporcionalidad. Así, también al ser un acto administrativo se sujeta a los principios de debido procedimiento, motivación, entre otros.

En cuanto a la legalidad, conforme al numeral 1.1 del artículo IV del TUO de la LPAG, este señala que las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la constitución, la ley, siempre dentro de las facultades atribuidas y conforme a los fines para los que les fueron conferidas.

Así, si una medida correctiva fuera impuesta por una entidad y esta extralimita las competencias que le han sido conferidas o ejerce competencias que no le fueron atribuidas, estaría vulnerando este principio. Dicho análisis forma parte del análisis de legalidad que realiza la CEB/SEL a efectos de determinar si es una barrera burocrática ilegal.

El análisis de legalidad contenido en el DL 1256 y conforme al Indecopi, consiste en analizar 3 aspectos (Indecopi, 2017, pp. 11):

- Legalidad de fondo – Competencias
- Legalidad de forma- Procedimiento regular para la emisión de la barrera
- Legalidad de fondo – Compatibilidad con otras leyes

El primer análisis, como ya hemos mencionado consiste en determinar si la entidad cuenta con las competencias para imponer/exigir la barrera burocrática objeto de cuestionamiento.

Por ello, si una entidad ordenara una medida correctiva y no cuenta con competencias para hacerlo, no superaría este primer análisis y en consecuencia se declararía como una barrera burocrática ilegal. Claro está que se tendría que acreditar que la medida correctiva viene generando los efectos propios de una barrera burocrática sino el administrado tendría que acudir a otro procedimiento para su cuestionamiento.

Por otro lado, también debemos señalar que el 30 de mayo de 2023 con la promulgación de la Ley N° 31755, Ley que modifica el Decreto Legislativo 1256, se incorporó al DL 1256 un principio que merece mayor atención.

Este es el principio de interpretación favorable que se encuentra recogido en el numeral 3 del artículo 4 del mencionado dispositivo legal. Este señala que si en la tramitación del procedimiento, existe más de una forma de interpretar los casos, la Comisión y la Sala deben hacer prevalecer aquel sentido interpretativo que cumpla mejor la finalidad de la legislación sobre eliminación de barreras burocráticas y simplificación administrativa, así como de los artículos contenidos en el Título II del Decreto Legislativo 757, Ley marco para el crecimiento de la inversión privada, en favor de la competitividad nacional.

Sobre su aplicación, es la Sala la que se ha pronunciado en su primer precedente N° 0337-2024/SEL-INDECOPI respecto a la publicación de las normas legales que habiéndose identificado más de una forma de interpretar las normas que regulan la publicación y difusión del TUPA de una entidad, esta Sala estima pertinente determinar cuál es el sentido interpretativo que haría prevalecer la finalidad de la legislación de eliminación de barreras burocráticas y simplificación administrativa.

VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES

- Las medidas correctivas tienen por finalidad restaurar la legalidad alterada y por ello no son dictadas por la administración en ejercicio de su potestad sancionadora.
- La Comisión y Sala si cuentan con competencias para pronunciarse sobre las medidas correctivas emitidas en el marco de la actividad de fiscalización y en el marco de un procedimiento administrativo sancionador.
- En un procedimiento administrativo sancionador, estas medidas son independientes de la sanción. No es sostenible decir que son indesligables debido a que cada una cuenta con autonomía en tanto persigue fines diferentes.
- Estas medidas no están supeditadas únicamente a la determinación de responsabilidad en el marco de un procedimiento sancionador pues este no es un requisito para que la autoridad las pueda dictar como si sucede con las sanciones.
- Coincidimos con el criterio del Indecopi cuando señala que en los casos en que la medida correctiva ordena al administrado el cumplimiento de una obligación asumida desde el inicio de sus actividades o, dicho de otra manera, que cese la comisión de la infracción, no es posible considerar que las mismas están desplegando los efectos propios de una barrera burocrática en tanto no es una condición nueva.
- Estas deben ser emitidas con sujeción al principio de legalidad y es ahí donde la CEB/SEL podrían efectuar el primer aspecto del análisis de legalidad relacionado a evaluar si la entidad que emite la referida barrera burocrática cuenta con competencias para hacerlo.

- También podrá suscitarse el caso en que una medida correctiva no esté sujeta al principio de proporcionalidad. En estos casos el Indecopi también podría efectuar el análisis de razonabilidad.
- La Comisión y Sala deberían cambiar el criterio adoptado en materia de las medidas correctivas dictadas en el ámbito de protección al consumidor a efectos de dejar de declarar la improcedencia de las denuncias que se sustenten en medidas correctivas que versen sobre la materia.

BIBLIOGRAFÍA

- Morón Urbina, J. (2019) Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General, TUO de la Ley N° 27444. Tomo I. Gaceta Jurídica. Lima.
- Morón Urbina, J. (2019) Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General, TUO de la Ley N° 27444. Tomo II. Gaceta Jurídica. Lima.
- Morón Urbina, Juan Carlos. Los Actos Administrativos en la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General. Derecho & Sociedad 17.
- Guzmán Napurí, C. (2008). Un acercamiento al concepto de Función Administrativa en el Estado de Derecho. Derecho & Sociedad, (31), 285-291. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17412>.
- Ochoa Mendoza, F. (2014). Fundamentos del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas. Lima, Perú.
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (2017). Manual sobre prevención y eliminación de barreras burocráticas. Lima.

- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (2021). EL ABC para la presentación de denuncias por la imposición de barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad". Lima.
- Villegas, P. (2022) La actividad de fiscalización y derechos de los administrados: Las Actas de Inspección. Revista IUS ET VERITAS N° 65.
- Morón Urbina, J. (2020) La regulación común de la actividad administrativa de fiscalización en el derecho peruano. Derecho & Sociedad N° 54.
- Nieto, A. (1994) Derecho Administrativo Sancionador. 2a edición ampliada, Tecnos, Madrid.
- Espinosa Saldaña, E. Medidas cautelares en el Procedimiento Administrativo Peruano: Una mirada crítica a lo realizado y un adelanto sobre aquello que debiera hacerse al respecto. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13712/14336>