

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DEL PERÚ**

**FACULTAD DE DERECHO**



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Público y Buen Gobierno

La inaplicación con efectos generales para las barreras  
burocráticas carentes de razonabilidad contenidas en  
disposiciones administrativas

Trabajo académico para optar el título de Segunda Especialidad  
en Derecho Público y Buen Gobierno

Autor:

*Sheyla Fabiola Llacza Romero*

Asesor:

*César Augusto Higa Silva*

Lima, 2018

## RESUMEN

El Estado peruano tiene la obligación de garantizar la libertad de empresa por mandato de los artículos 58 y 59 de la Constitución Política del Perú. Una manera de preservar dicha libertad es por medio de la eliminación de las barreras burocráticas del ordenamiento jurídico.

Así, teniendo en consideración la importancia de la eliminación de las referidas barreras, a finales del 2016, se publicó el Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas, N° 1256, con la finalidad de, entre otros, fortalecer las competencias del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, y regular a las barreras burocráticas. Entre las novedades de esta ley, se encuentra la inaplicación con efectos generales de las barreras burocráticas ilegales contenidas en disposiciones administrativas; sin embargo, para el caso de las barreras burocráticas carentes de razonabilidad, se ha mantenido su inaplicación para el caso en concreto.

Ante este escenario, en el presente trabajo de investigación, analizamos la propuesta de que la inaplicación con efectos generales también sea aplicable a las barreras burocráticas carentes de razonabilidad contenidas en disposiciones administrativas. A partir de la investigación realizada, se podrá evidenciar que nuestra propuesta cuenta con sustento jurídico, toda vez que (i) las entidades públicas se encuentran en la obligación de realizar un análisis previo de legalidad y razonabilidad a fin de emitir una medida contenida en una disposición administrativa, (ii) la barrera burocrática carente de razonabilidad contenida en una disposición administrativa mantiene ese carácter y no varía cada caso en concreto, y (iii) el ordenamiento jurídico vigente evidencia la importancia de que los ciudadanos tengan conocimiento de la declaración de una barrera burocrática carente de razonabilidad.

Por último, con la finalidad de evidenciar la viabilidad de nuestra propuesta, se analizan tres (3) casos en los cuales se demuestra los efectos positivos para los agentes económicos y ciudadanos en general.

## ÍNDICE

I.	Introducción.....	Pág. 5
II.	Desarrollo de las barreras burocráticas de acuerdo al Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas, N° 1256.....	Pág. 6
	2.1 La libertad de empresa como sustento constitucional para eliminar barreras burocráticas.....	Pág. 6
	2.2 Análisis de las Barreras Burocráticas.....	Pág. 8
	2.2.1 Metodología para la identificación de Barreras Burocráticas.....	Pág. 10
	2.3 Novedades de la legislación actual respecto a la inaplicación con efectos generales de las barreras burocráticas contenidas en disposiciones administrativas.....	Pág. 14
III.	Inaplicación con efectos generales para las barreras burocráticas carentes de razonabilidad contenidas en disposiciones administrativas.....	Pág. 18
	3.1 Propuesta y justificación para disponer la inaplicación con efectos generales de las barreras burocráticas carentes de razonabilidad contenidas en disposiciones administrativas.....	Pág. 18
	3.1.1 Las entidades públicas se encuentran en la obligación de realizar un análisis previo de legalidad y razonabilidad a fin de emitir una medida contenida en una disposición administrativa.....	Pág. 19
	3.1.2 La barrera burocrática carente de razonabilidad contenida en una disposición administrativa mantiene ese carácter y no varía cada caso en concreto.....	Pág. 22
	3.1.3 Posibilidad de presentar información y/o documentación durante el procedimiento administrativo de eliminación de barreras burocráticas.....	Pág. 22
	3.1.4 El ordenamiento jurídico evidencia la importancia de que los ciudadanos tengan conocimiento de la declaración de una barrera burocrática carente razonabilidad contenida en una disposición administrativa.....	Pág. 24
	3.1.5 Inaplicación con efectos generales de barreras burocráticas carentes de razonabilidad contenidas en disposiciones administrativas.....	Pág. 25
	3.2 Efectos de la propuesta a partir del análisis de resoluciones del INDECOPI.....	Pág. 32
	3.2.1 Resolución N° 674-2017/SDC-INDECOPI.....	Pág. 32
	3.2.2 Resolución N° 0066-2015/SDC-INDECOPI.....	Pág. 36

3.2.3 Resolución N° 0165-2015/SDC-INDECOPI.....	Pág. 40
IV. Conclusiones.....	Pág. 44
V. Bibliografía.....	Pág. 46



## **I. Introducción**

A finales del 2016, se publicó el Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas, N° 1256 (en adelante, la “Ley”), con la finalidad, entre otros, de reforzar las competencias del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, “INDECOPI”), así como regular la prevención y eliminación de las barreras burocráticas.

Entre las novedades de la Ley, se encuentra la inaplicación con efectos generales de las barreras burocráticas ilegales contenidas en disposiciones administrativas. No obstante, para el caso de las barreras burocráticas carentes de razonabilidad, se ha mantenido su inaplicación únicamente para el caso en concreto.

Ante este escenario, en el presente trabajo de investigación, analizamos la propuesta de que la inaplicación con efectos generales también sea aplicable a las barreras burocráticas carentes de razonabilidad contenidas en disposiciones administrativas. Como se evidenciará en el desarrollo de este trabajo, nuestra propuesta cuenta con sustento jurídico, así como otorga beneficios a los agentes económicos y ciudadanos en general.

De esta manera, en primer lugar, explicamos la regulación de las barreras burocráticas de acuerdo a la Ley; en segundo lugar, analizamos la viabilidad legal de la inaplicación con efectos generales de las barreras burocráticas carentes de razonabilidad contenidas en disposiciones administrativas; y, por último, exponemos nuestras conclusiones.

## **II. Desarrollo de las barreras burocráticas de acuerdo al Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas, N° 1256**

El INDECOPI es la entidad competente, en el ordenamiento jurídico peruano, para determinar y ordenar la inaplicación de las barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad.

Con la finalidad de reforzar sus competencias y regular la prevención y eliminación de las referidas barreras, a finales del 2016, se publicó la Ley en el Diario Oficial “El Peruano”.

Por ello, a continuación, procederemos a explicar la libertad de empresa como sustento constitucional para disponer la eliminación de las barreras burocráticas, la metodología para identificar dichas barreras y las novedades de la legislación actual respecto a la inaplicación con efectos generales de las barreras burocráticas contenidas en disposiciones administrativas.

### **2.1 La libertad de empresa como sustento constitucional para eliminar barreras burocráticas**

La eliminación de las barreras burocráticas se sustenta en la obligación del Estado peruano de garantizar la libertad de empresa de los agentes económicos. De esta manera, el artículo 58 de la Constitución Política del Perú (en adelante, la “Constitución”)<sup>1</sup> establece que la iniciativa privada es libre y se ejerce en una economía social de mercado. De acuerdo a Rizo Patrón, este modelo implica que “el Estado debe adoptar políticas públicas que, de un lado, favorezcan el adecuado funcionamiento del mercado, como son las políticas de competencia y las industriales

---

<sup>1</sup> *Economía Social de Mercado*

*Artículo 58.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.*

y, del otro, políticas orientadas a la inclusión de los sectores menos favorecidos como son las políticas sociales” (2009: 79).

Además, para entender a cabalidad el régimen económico del Perú, es necesario considerar el artículo 59 de la Constitución<sup>2</sup>. Según este artículo, el Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. Al respecto, Ochoa señala que este artículo evidencia la libertad de empresa, la cual goza de un doble carácter. Así, por un lado, es un derecho subjetivo, debido a que es un derecho del individuo que le garantiza un estatus jurídico de libertad; y, por otro lado, es un elemento esencial de un ordenamiento objetivo de una sociedad, a fin de lograr un marco de convivencia humana (2009: 65).

Por su lado, el Tribunal Constitucional<sup>3</sup> ha desarrollado el contenido constitucional del derecho de libertad de empresa. De acuerdo al referido tribunal, este derecho está comprendido por cuatro libertades, las cuales son la libertad de creación y de acceso al mercado, la libertad de organización, la libertad de competencia y la libertad para cesar las actividades.

Para efectos del presente trabajo de investigación, nos enfocaremos en la libertad de acceso y permanencia en el mercado, debido a que su vulneración podría constituir una barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad.

Con relación a lo mencionado, Ariño afirma que la libertad de acceso al mercado asegura a los particulares el libre ingreso al mercado para poder emprender las actividades lícitas que estimen convenientes a sus intereses, sin más limitaciones que las que imponga el mercado (1995: 44). Del mismo modo, Kresalja y Ochoa señalan

---

<sup>2</sup> **Rol Económico del Estado**

**Artículo 59.-** *El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.*

<sup>3</sup> Fundamento 13 la Sentencia del Tribunal Constitucional, bajo el Expediente N° 3330-2004-AA/TC.

que la libertad de creación de empresas y acceso al mercado comprende la libertad de emprender actividades económicas, en el sentido libre de fundación de empresas y concurrencia al mercado (2012: 121). En la misma línea, Rizo Patrón asevera que la libertad de acceso al mercado es la capacidad que tiene un agente económico para producir un bien o prestar un servicio en condiciones autodeterminativas, es decir, sin que el Estado o el resto de agentes económicos, pueda impedir o restringir su participación (2009: 83).

En ese sentido, en el mercado, los agentes económicos y el Estado podrían imponer barreras que limiten el acceso y/o la continuidad de otros agentes económicos. Así, se denominan “barreras estratégicas” a aquellas que son impuestas por los agentes económicos en razón a la competencia, mientras que son barreras burocráticas aquellas imposiciones dispuestas por el Estado (Rizo Patrón 2009: 85). En la doctrina, las barreras burocráticas son definidas como la afectación arbitraria y desproporcionada al contenido esencial del derecho a la libertad de empresa, el cual se encuentra previsto en el artículo 58 de la Constitución<sup>4</sup> (Ochoa 2013: 423).

Por consiguiente, el Estado peruano tiene el mandato constitucional de garantizar la libertad de empresa. Una manera para preservar dicha libertad es por medio de la eliminación de las barreras burocráticas del ordenamiento jurídico, toda vez que las mismas constituyen afectaciones que contravienen los artículos 58 y 59 de la Constitución.

## **2.2 Análisis de las Barreras Burocráticas**

Teniendo en consideración la importancia de la eliminación de las barreras burocráticas, es necesario fortalecer la legislación existente, así como empoderar al INDECOPI para identificar y eliminar dichas barreras.

---

<sup>4</sup> *Economía Social de Mercado*

*Artículo 58.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.*

Ante este nuevo escenario, el 8 de diciembre de 2016, se publicó, en el Diario Oficial “El Peruano”, la Ley. De acuerdo al artículo 1 de esta norma, se tiene por finalidad proteger la libre iniciativa privada y la libertad de empresa previniendo o eliminando barreras burocráticas:

(...) supervisar el cumplimiento del marco legal que protege los derechos a la libre iniciativa privada y la libertad de empresa, en beneficio de personas naturales o jurídicas, mediante la prevención o la eliminación de barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad que restrinjan u obstaculicen el acceso o la permanencia de los agentes económicos en el mercado y/o que constituyan incumplimientos de las normas y/o principios que garantizan la simplificación administrativa con el objeto de procurar una eficiente prestación de servicios al ciudadano por parte de las entidades de la administración pública.

Asimismo, el numeral 3 del artículo 3 de la Ley<sup>5</sup> define a las barreras burocráticas como aquella “exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro que imponga cualquier entidad, dirigido a condicionar, restringir u obstaculizar el acceso y/o permanencia de los agentes económicos en el mercado y/o que puedan afectar a administrados en la tramitación de procedimientos administrativos sujetos a las normas y/o principios que garantizan la simplificación administrativa”. Igualmente, la referida disposición precisa que la “sola calidad de exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro no implica necesariamente su carácter ilegal y/o su carencia de razonabilidad”.

---

<sup>5</sup> **Artículo 3.- Definiciones**

*Para efectos de la presente ley, debe tenerse en cuenta las siguientes definiciones: (...)*

*3. Barrera burocrática: exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro que imponga cualquier entidad, dirigido a condicionar, restringir u obstaculizar el acceso y/o permanencia de los agentes económicos en el mercado y/o que puedan afectar a administrados en la tramitación de procedimientos administrativos sujetos a las normas y/o principios que garantizan la simplificación administrativa. La sola calidad de exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro no implica necesariamente su carácter ilegal y/o su carencia de razonabilidad (...).*

Al respecto, Tirado resalta la importancia de la definición de barrera burocrática, toda vez que el establecimiento por parte de las autoridades de requisitos o condiciones para el ejercicio de las libertades económicas no resulta, por sí mismo, una ilegalidad; por el contrario, serán ilegales o carentes de razonabilidad solo aquellas regulaciones que no encuentren respaldo legal suficiente o que resulten carentes de fundamento (2018: 12). En otras palabras, únicamente vulnerarán el ordenamiento jurídico aquellas regulaciones que constituyen barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad.

Con el objetivo de determinar las novedades de la Ley, a continuación, procederemos a explicar la metodología para la identificación de las barreras burocráticas, así como expondremos sobre la inaplicación con efectos generales de las barreras burocráticas contenidas en disposiciones administrativas.

### **2.2.1 Metodología para la identificación de Barreras Burocráticas**

El INDECOPI utiliza la metodología prevista en la Ley a efectos de identificar una barrera burocrática. Esta metodología está conformada por el análisis de legalidad y el análisis de razonabilidad, los cuales, como establece la Exposición de Motivos de la Ley, recogen los criterios fijados en el precedente de observancia obligatoria previsto en la Resolución N° 00182-97/TDC-INDECOPI.

#### **a) Análisis de Legalidad**

El análisis de legalidad tiene por finalidad identificar que la entidad pública ha respetado las formalidades y los procedimientos establecidos por las normas aplicables al caso en concreto, con la finalidad de emitir la disposición administrativa o acto administrativo, o realizar la actuación material (Tirado 2018: 27-28).

De manera más detallada, el INDECOPI dispone que el análisis de legalidad, previsto en el artículo 14 de la Ley<sup>6</sup>, comprende los siguientes aspectos:

**(i) Legalidad de fondo - competencias**

Si existen o no atribuciones conferidas por ley que autoricen a la entidad a establecer y/o aplicar la barrera burocrática bajo análisis.

**(ii) Legalidad de forma**

Si la entidad siguió los procedimientos y/o formalidades que exige el marco legal vigente para la emisión y/o publicación de la disposición administrativa que materializa la barrera burocrática.

**(iii) Legalidad de fondo – compatibilidad con otras leyes**

Si a través de la imposición y/o aplicación de la barrera burocrática se contravienen normas y/o principios de simplificación administrativa o cualquier dispositivo legal (2017: 11).

En caso el INDECOPI determine que la disposición administrativa, el acto administrativo o la actuación material no cumplen con los tres niveles de legalidad desarrollados precedentemente, entonces no será necesario que dicha entidad continúe con el análisis de razonabilidad.

---

<sup>6</sup> **Artículo 14.- Análisis de legalidad**

14.1. El análisis de legalidad de una barrera burocrática implica que la Comisión o la Sala, de ser el caso, evalúe los siguientes aspectos:

a. Si existen o no atribuciones conferidas por ley que autoricen a la entidad a establecer y/o aplicar la barrera burocrática bajo análisis.

b. Si la entidad siguió los procedimientos y/o formalidades que exige el marco legal vigente para la emisión y/o publicación de la disposición administrativa que materializa la barrera burocrática.

c. Si a través de la imposición y/o aplicación de la barrera burocrática se contravienen normas y/o principios de simplificación administrativa o cualquier dispositivo legal.

14.2. Si la Comisión o la Sala, de ser el caso, determina la ilegalidad de la barrera burocrática por la razón señalada en el literal a. puede declarar fundada la denuncia o el procedimiento iniciado de oficio según sea el caso, sin que sea necesario evaluar los aspectos indicados en los literales b. y c.; y así sucesivamente.

14.3. Si se determina la ilegalidad por alguna de las razones mencionadas en el párrafo precedente, no es necesario que la Comisión o la Sala continúe con el análisis de razonabilidad. En el mismo sentido, si la Comisión o la Sala desestima que la barrera burocrática sea ilegal, procede con el análisis de razonabilidad cuando se cumpla la condición establecida en el artículo 15.

## b) Análisis de razonabilidad

Una vez culminado el análisis de legalidad, el INDECOPI procede con el análisis de razonabilidad siempre y cuando advierta que existen indicios suficientes respecto a la carencia de razonabilidad.

En concreto, Tirado manifiesta que el análisis de razonabilidad, previsto en el artículo 18 de la Ley<sup>7</sup>, es coincidente en sus elementos esenciales con la estructura, contenido y finalidad del Principio de Proporcionalidad, el cual encuentra, en el ámbito del Derecho Administrativo, una de sus manifestaciones originales más importantes (2018:31). Por ello, la referida disposición comprende los subprincipios de Idoneidad, Necesidad y Proporcionalidad en sentido estricto o Ponderación.

Por su lado, el INDECOPI indica que, en el análisis de razonabilidad, se debe determinar lo siguiente:

**(i) Que la medida no es arbitraria, lo que implica que la entidad acredite:**

- La existencia del interés público que sustentó la medida cuestionada. El interés público alegado debe encontrarse dentro del ámbito de atribuciones legales de la entidad.

---

### <sup>7</sup> Artículo 18.- Análisis de razonabilidad

18.1. Una vez que la Comisión o la Sala, de ser el caso, considera que han sido presentados indicios suficientes sobre la presunta carencia de razonabilidad de la barrera burocrática cuestionada, analiza la razonabilidad de la medida, verificando el cumplimiento de los siguientes elementos:

a. Que la medida no es arbitraria, lo que implica que la entidad acredite:

1. La existencia del interés público que sustentó la medida cuestionada. El interés público alegado debe encontrarse dentro del ámbito de atribuciones legales de la entidad.

2. La existencia del problema que se pretendía solucionar con la medida cuestionada.

3. Que la medida cuestionada resulta idónea o adecuada para lograr la solución del problema y/o para alcanzar el objetivo de la medida.

b. Que la medida es proporcional a sus fines, lo que implica que la entidad acredite:

1. Una evaluación de los beneficios y/o el impacto positivo que generaría la medida y de los costos y/o el impacto negativo de la misma para los agentes económicos obligados a cumplirla, así como para otros agentes afectados y/o para la competencia en el mercado.

2. Que la referida evaluación permite concluir que la medida genera mayores beneficios que costos.

3. Que otras medidas alternativas no resultarían menos costosas o no serían igualmente efectivas. Dentro de estas medidas alternativas debe considerarse la posibilidad de no emitir una nueva regulación.

18.2. En caso de que la entidad no acredite alguno de los elementos indicados en los literales precedentes, la Comisión o la Sala, de ser el caso, declara la carencia de razonabilidad de la barrera burocrática.

- La existencia del problema que se pretendía solucionar con la medida cuestionada.
- Que la medida cuestionada resulta idónea o adecuada para lograr la solución del problema y/o para alcanzar el objetivo de la medida.

**(ii) Que la medida es proporcional a sus fines, lo que implica que la entidad acredite:**

- Una evaluación de los beneficios y/o el impacto positivo que generaría la medida y de los costos y/o el impacto negativo de la misma para los agentes económicos obligados a cumplirla, así como para otros agentes afectados y/o para la competencia en el mercado.
- Que la referida evaluación permite concluir que la medida genera mayores beneficios que costos<sup>8</sup>.
- Que otras medidas alternativas no resultarían menos costosas o no serían igualmente efectivas. Dentro de estas medidas alternativas debe considerarse la posibilidad de no emitir una nueva regulación (2017: 12).

Adicionalmente, para la acreditación de la razonabilidad, no se requiere ni se exige a las entidades públicas un fundamento sofisticado; de este modo, es suficiente, al menos en una primera evaluación, que se demuestre que se adoptó la medida en cuestión contando con algún tipo de fundamento (Tirado 2018: 34). Lo mencionado se corrobora con la Resolución N° 013-2017/CEB-INDECOPI:

85. Debe tenerse en cuenta que la obligación que exige el precedente de observancia obligatoria aprobado por Resolución N° 182-97-TDC, para que las entidades acrediten la proporcionalidad de las medidas que imponen a los

---

<sup>8</sup> En el “Manual sobre Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas” (página 14), el INDECOPI señala que, para acreditar dicha evaluación, no se requiere de un estudio sofisticado que analice los beneficios y costos; no obstante, sí se requiere de un informe u otro documento que evidencie que la entidad pública evaluó los beneficios y costos antes de la implementación de la medida cuestionada.

Sin perjuicio de lo anterior, en el caso específico de las entidades públicas del Poder Ejecutivo, consideramos que la evaluación de los beneficios y costos debería realizarse de acuerdo al artículo 2 del Decreto Legislativo que aprueba medidas adicionales de simplificación administrativa, Decreto Legislativo N° 1310, el Reglamento para la Aplicación del Análisis de Calidad Regulatoria de procedimientos administrativos establecido en el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1310, aprobado por Decreto Supremo N° 075-2017-PCM, y el Manual para la aplicación del Análisis de Calidad Regulatoria, aprobado por Resolución Ministerial N° 196-2017-PCM.

agentes económicos, no requiere necesariamente de una estricta cuantificación de los costos que involucraría la medida administrativa. Tampoco requiere de un análisis sofisticado y detallado de la proporcionalidad, sino que se demuestre que la autoridad efectuó algún tipo de evaluación sobre el impacto negativo de la regulación a implementar sobre los agentes afectados (2017: 37).

En suma, el análisis de razonabilidad tiene por objeto determinar que la disposición administrativa, el acto administrativo o la actuación material han sido implementados cumpliendo con el Principio de Proporcionalidad, es decir, son idóneos, necesarios y proporcionales en sentido estricto. Para ello, la entidad pública en cuestión tendrá que contar con algún tipo de sustento que evidencie la realización de una evaluación previa.

### **2.3 Novedades de la legislación actual respecto a la inaplicación con efectos generales de las barreras burocráticas contenidas en disposiciones administrativas**

Una vez identificada la ilegalidad o la carencia de razonabilidad de la barrera burocrática, el INDECOPI dispone su inaplicación con efectos generales o en el caso en concreto. Ello dependerá de si se está ante una barrera burocrática contenida en una disposición administrativa, un acto administrativo o una actuación material.

Para efectos del presente trabajo, nos enfocaremos en las barreras burocráticas contenidas en disposiciones administrativas, es decir, de aquellos dispositivos normativos emitidos por una entidad pública, que están destinados a producir efectos jurídicos abstractos y generales sobre un grupo indeterminado de administrados y/o agentes económicos<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> **Artículo 3.- Definiciones**

*Para efectos de la presente ley, debe tenerse en cuenta las siguientes definiciones: (...)*

*6. Disposición administrativa: todo dispositivo normativo emitido por una entidad destinado a producir efectos jurídicos abstractos y generales sobre un grupo indeterminado de administrados y/o agentes económicos (...).*

De acuerdo al numeral 8.1 del artículo 8 de la Ley<sup>10</sup>, cuando en un procedimiento iniciado a pedido de parte o de oficio, se declare la ilegalidad de barreras burocráticas materializadas en disposiciones administrativas, el INDECOPI dispone su inaplicación con efectos generales. La Exposición de Motivos de la Ley justifica esta medida en la deficiencia de origen de la misma disposición administrativa ilegal:

(...) Esta medida se justifica en el hecho de que, cuando se declara que una medida materializada en una disposición administrativa, por ejemplo, un decreto supremo o una ordenanza municipal, constituye una barrera burocrática ilegal, esta decisión se fundamenta en la falta de competencia por parte de la entidad que emite la disposición cuestionada, que esta entidad ha incumplido las formalidades exigidas por ley para su aprobación o que la exigencia contraviene una ley. Teniendo en cuenta que estas deficiencias afectan el origen mismo de la disposición cuestionada, es necesario que el INDECOPI ordene su inaplicación con carácter general, evitando así el inicio de procedimientos administrativos idénticos por parte de los ciudadanos a los cuales se les pretenda aplicar la exigencia cuestionada, con el consiguiente ahorro de recursos para los administrados, quienes no tendrán que iniciar un procedimiento administrativo respecto del cual ya conocen la decisión del INDECOPI (2016:11).

Así pues, si una barrera burocrática contenida en una disposición administrativa es ilegal, entonces mantendrá ese carácter en todos los procedimientos administrativos ante INDECOPI<sup>11</sup>. Por ello, era injustificado que el administrado solicitara la

---

<sup>10</sup> **Artículo 8.- De la inaplicación con efectos generales de barreras burocráticas ilegales contenidas en disposiciones administrativas**  
8.1. Cuando en un procedimiento iniciado a pedido de parte o de oficio, la Comisión o la Sala, declare la ilegalidad de barreras burocráticas materializadas en disposiciones administrativas, dispone su inaplicación con efectos generales (...).

<sup>11</sup> Es diferente el caso de las barreras burocráticas ilegales contenidas en actos administrativos y actuaciones materiales, toda vez que los mismos no tienen efectos generales sino efectos para una situación concreta. En el primer caso, el acto administrativo es una declaración de la entidad que, en el marco de normas de derecho público, está destinada a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos del administrado dentro de una situación concreta. En el segundo caso, la actuación material es todo comportamiento, manifestación y/o actividad material de una entidad o un funcionario, servidor público o cualquier persona que ejerza funciones administrativas por delegación, bajo cualquier régimen laboral o contractual, que sin ser viabilizada a través de un acto y/o disposición administrativa, produce efectos jurídicos capaces de restringir u obstaculizar el acceso o la permanencia de los agentes económicos en el mercado y/o que constituyan incumplimientos de las normas y/o principios que garantizan la simplificación administrativa.

inaplicación de dicha barrera burocrática cada vez que la entidad pública la aplicara. De este modo, en el supuesto de que se presente una denuncia por la misma barrera, el INDECOPI encausará el escrito presentado como una denuncia informativa de incumplimiento de mandato, de modo que el administrado ya no tendrá que sobrellevar el procedimiento administrativo regular, toda vez que la actuación del INDECOPI será más expeditiva (Maraví 2017:87).

Por otro lado, el artículo 10 de la Ley<sup>12</sup> establece que, para el caso de las barreras burocráticas carentes de razonabilidad, se dispone su inaplicación para al caso concreto a favor del denunciante. Además, la Exposición de Motivos de la Ley omite exponer las razones que justifican que no se haya previsto la inaplicación con efectos generales para esta clase de barreras.

Sobre el particular, Tirado manifiesta que no encuentra ninguna razón jurídica para que no se haya regulado la inaplicación con efectos generales de las barreras burocráticas carentes de razonabilidad, dado que las mismas continuarán manteniendo dicho carácter en los siguientes procedimientos administrativos ante INDECOPI:

Cuando la ilegalidad o la irrazonabilidad se predicen de una disposición administrativa (de un reglamento, por ejemplo) afectará irremediablemente a la disposición en su conjunto. Evidentemente, si una disposición administrativa es dictada por un órgano incompetente o bajo el amparo de una norma derogada, se tratará de una disposición administrativa a la cual le faltará cobertura normativa suficiente y cualquier aplicación a un supuesto específico carecerá de cobertura jurídica suficiente. La misma situación se presentará si la disposición administrativa se encuentra afectada en su

---

<sup>12</sup> **Artículo 10.- De la inaplicación al caso concreto**

(...)

10.2. En estos procedimientos, también se procede según lo previsto en el artículo 8.2 de la Ley, cuando corresponda.

razonabilidad, es decir, en sus fundamentos, justificaciones, en fin, en las razones (jurídicas, fácticas, técnicas, etc.) que la sustentan.

Por tal razón, no encontramos justificado que los efectos generales de la declaración de barrera burocrática de una disposición administrativa se limiten exclusivamente para el caso de ilegalidad y no comprenda, también, los casos de irrazonabilidad de una disposición administrativa, tal y como el artículo 8.1 de la Ley establece (2018:25).

En la misma línea, consideramos que no existiría razón suficiente que justifique que las barreras burocráticas carentes de razonabilidad sean inaplicables solo para el caso concreto. Así, en los hechos, el administrado continúa teniendo la carga de solicitar al INDECOPI la inaplicación de la barrera, pese a que esta entidad ya haya declarado la irrazonabilidad en un procedimiento administrativo previo. Como sustentaremos más adelante, es viable legalmente disponer la inaplicación con efectos generales de las barreras burocráticas carentes de razonabilidad contenidas en disposiciones administrativas.

Por lo mencionado, el ordenamiento jurídico vigente permite la inaplicación con efectos generales de únicamente las barreras burocráticas ilegales contenidas en disposiciones administrativas. En razón a ello, consideramos criticable que dichos efectos no hayan sido también otorgados para la declaración de aquellas barreras burocráticas carentes de razonabilidad, debido a que ese carácter se mantendrá en otros procedimientos administrativos ante el INDECOPI.

### **III. Inaplicación con efectos generales para las barreras burocráticas carentes de razonabilidad contenidas en disposiciones administrativas**

En este apartado, presentamos la propuesta de que la inaplicación con efectos generales sea también prevista para las barreras burocráticas carentes de razonabilidad contenidas en disposiciones administrativas. Además, con la finalidad de evidenciar los efectos de la referida propuesta, se analizarán tres (3) resoluciones del INDECOPI en los cuales esta entidad declaró la constitución de una barrera burocrática carente de razonabilidad contenida en una disposición administrativa.

#### **3.1 Propuesta y justificación para disponer la inaplicación con efectos generales de las barreras burocráticas carentes de razonabilidad contenidas en disposiciones administrativas**

Como se explicó anteriormente, el artículo 8 de la Ley establece la aplicación con efectos generales únicamente de las barreras burocráticas ilegales contenidas en disposiciones administrativas. De acuerdo a la Exposición de Motivos de la Ley, el referido artículo se sustenta en que si una disposición administrativa tiene una deficiencia en su origen, entonces es necesario que el INDECOPI ordene su inaplicación con carácter general, con la finalidad de evitar el inicio de procedimientos idénticos por parte de los ciudadanos (2016:11).

No obstante, consideramos que la misma argumentación puede ser empleada para disponer la inaplicación con efectos generales de las barreras burocráticas carentes de razonabilidad contenidas en disposiciones administrativas.

### **3.1.1 Las entidades públicas se encuentran en la obligación de realizar un análisis previo de legalidad y razonabilidad a fin de emitir una medida contenida en una disposición administrativa**

En la legislación vigente, las entidades públicas tienen la obligación de realizar un análisis previo a fin de regular una medida en una disposición administrativa. En caso no se realice dicho análisis, entonces la medida no debería ser emitida en el ordenamiento jurídico.

Para las entidades públicas del Poder Ejecutivo, el numeral 2.1 del artículo 2 del Decreto Legislativo que aprueba medidas adicionales de simplificación administrativa, Decreto Legislativo N° 1310 (en adelante, el “Decreto Legislativo”)<sup>13</sup>, dispone que deben realizar un Análisis de Calidad Regulatoria de procedimientos administrativos establecidos en disposiciones normativas de alcance general, a fin de identificar, eliminar y/o simplificar aquellos que resulten innecesarios, ineficaces, injustificados, desproporcionados, redundantes o no se encuentren adecuados al Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS (en adelante, “TUO”), o a las normas con rango de ley que les sirven de sustento. Como se puede evidenciar, esas disposiciones normativas son las disposiciones administrativas en los términos de la Ley.

Por su lado, las demás entidades públicas (es decir, aquellas diferentes del Poder Ejecutivo) están sujetas al TUO, por lo que se encuentran en la obligación de acreditar que la medida cumple, entre otros, con los Principios de Legalidad y

---

<sup>13</sup> **Artículo 2.- Análisis de Calidad Regulatoria de procedimientos administrativos**

2.1. Las entidades del Poder Ejecutivo deben realizar un Análisis de Calidad Regulatoria de procedimientos administrativos establecidos en disposiciones normativas de alcance general, a fin de identificar, eliminar y/o simplificar aquellos que resulten innecesarios, ineficaces, injustificados, desproporcionados, redundantes o no se encuentren adecuados a la Ley del Procedimiento Administrativo General o a las normas con rango de ley que les sirven de sustento. El Análisis de Calidad Regulatoria también tiene como finalidad determinar y reducir las cargas administrativas que se generan a los administrados como consecuencia del trámite del procedimiento administrativo. El Análisis de Calidad Regulatoria no se aplica a los procedimientos administrativos contenidos en leyes o normas con rango de ley, salvo que estén desarrollados en normas reglamentarias. Una vez realizada esta evaluación deben remitir su análisis a la Comisión Multisectorial a que se refiere el numeral 2.3.

Razonabilidad, previstos en los numerales 1.1 y 1.4 del artículo IV del Título Preliminar del TUO<sup>14</sup>, respectivamente. Por ejemplo, este sería el caso de las Municipalidades Provinciales y Distritales que regulan procedimientos administrativos mediante ordenanzas.

Sobre el particular, el Decreto Legislativo y el TUO son similares al establecer cuáles son los elementos que deben cumplirse a efectos de emitir una medida contenida en una disposición administrativa. Así, el numeral 2.2 del artículo 2 del Decreto Legislativo<sup>15</sup> dispone que, mediante el Análisis de Calidad Regulatoria, se evalúan los Principios de Legalidad, Necesidad, Efectividad y Proporcionalidad de los procedimientos administrativos. En la misma línea, el TUO señala que, de acuerdo al Principio de Legalidad, las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas; asimismo, el Principio de Razonabilidad establece que las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

---

<sup>14</sup> **Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo**

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

**1.1. Principio de legalidad.-** Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

(...)

**1.4. Principio de razonabilidad.-** Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

<sup>15</sup> **Artículo 2.- Análisis de Calidad Regulatoria de procedimientos administrativos**

(...)

2.2. Mediante el Análisis de Calidad Regulatoria se evalúan los principios de legalidad, necesidad, efectividad y proporcionalidad de los procedimientos administrativos señalados en el numeral 2.1, cuyo alcance, aplicación y efectos se establecen en el Reglamento del presente Decreto Legislativo.

De esta manera, ambas normas tienen por finalidad determinar que la medida a ser emitida sea idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto. En caso contrario, dicha medida debería ser desechada por la entidad pública, por lo que no debería ser parte de la disposición administrativa que será publicada en el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, en caso la entidad pública emitiera la medida, la misma tendrá una deficiencia en su origen, toda vez que no cumplirá con los requerimientos previstos en el Decreto Legislativo y/o el TUO. Esta deficiencia en su origen se mantendrá en cualquier procedimiento administrativo, debido a que los ciudadanos se encontrarán en la obligación de cumplir con la misma pese a que esta no sea idónea, necesaria y/o proporcional. Ello en razón a que toda medida contenida en una disposición administrativa tiene por objeto tener efectos abstractos y generales.

A su vez, a partir de lo mencionado, se puede evidenciar que no toda la disposición administrativa se encontrará afectada en su origen, sino únicamente aquella parte que regula la medida en cuestión.

En ese sentido, hasta que la entidad pública no derogue el (los) artículo(s) que regula(n) la medida contenida en la disposición administrativa, se mantendrán los mismos efectos sobre todos los ciudadanos que encuentran en la misma situación.

Por lo mencionado, las entidades públicas se encuentran en la obligación de realizar un análisis previo a fin de emitir una medida contenida en una disposición administrativa. En caso no se realice el mismo, la medida tendrá una deficiencia en su origen que afectará a todo ciudadano que se encuentre dentro del ámbito de aplicación de la misma.

### **3.1.2 La barrera burocrática carente de razonabilidad contenida en una disposición administrativa mantiene ese carácter y no varía cada caso en concreto**

Como se pudo evidenciar, las barreras burocráticas contenidas en disposiciones administrativas contienen una deficiencia en su origen. Es por ello que esta deficiencia no varía cada caso en concreto sino que se mantendrá en todos los procedimientos administrativos iniciados.

Así pues, no se podría alegar que, en un caso, sí existe la deficiencia de origen mientras que, en otro caso, dicha deficiencia es inexistente. Mientras continúe la medida regulada en la disposición administrativa, la misma tendrá su deficiencia de origen en todos los procedimientos administrativos sin que varíe cada caso en concreto.

En razón a lo anterior, no encontramos razón suficiente que justifique la inaplicación de la barrera burocrática al caso concreto. Por el contrario, en los hechos, el administrado continúa teniendo la carga de solicitar al INDECOPI la inaplicación de la barrera burocrática, pese a que esta entidad ya haya declarado la irrazonabilidad en un procedimiento administrativo previo.

### **3.1.3 Posibilidad de presentar información y/o documentación durante el procedimiento administrativo de eliminación de barreras burocráticas**

Si bien el ordenamiento jurídico requiere que las entidades públicas realicen un análisis previo de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de las medidas contenidas en disposiciones administrativas, el artículo 17 de la Ley<sup>16</sup> permite que, durante el procedimiento administrativo de eliminación de barreras

---

<sup>16</sup> **Artículo 17.- Posibilidad de cuestionar los indicios sobre carencia de razonabilidad**

*Durante el procedimiento, la entidad puede presentar información y/o documentación que desacredite los indicios de carencia de razonabilidad de la medida.*

burocráticas, la entidad pública pueda presentar información y/o documentación que desacredite los indicios de carencia de razonabilidad.

En la misma línea, la Exposición de Motivos de la Ley establece que este artículo reconoce el derecho de las entidades públicas de presentar información y/o documentación que desacredite los indicios de carencia de razonabilidad de la medida cuestionada en el procedimiento (2016: 17).

Al respecto, consideramos que el artículo 17 de la Ley permitiría a las entidades públicas a elaborar, de manera posterior a la emisión de la disposición administrativa, el documento que sustenta la regulación de la medida cuestionada en el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas.

Sin perjuicio de que este artículo pueda ser cuestionable<sup>17</sup>, en cualquier supuesto, la medida contenida en la disposición administrativa debe cumplir con el Principio de Proporcionalidad y contar con el sustento correspondiente para que tenga efectos en el ordenamiento jurídico; en caso contrario, se estará ante una barrera burocrática carente de razonabilidad.

---

<sup>17</sup> El artículo 17 de la Ley podría generar el incentivo negativo de que las entidades públicas no realicen el análisis de legalidad y razonabilidad de manera previa a la emisión de la disposición administrativa. En el caso de las entidades públicas del Poder Ejecutivo, este riesgo es atenuado, debido a que se encuentran en la obligación de realizar el Análisis de Calidad Regulatoria por mandato del artículo 2 del Decreto Legislativo. No obstante, en el caso de Municipalidades Provinciales y Distritales, este incentivo negativo sí podría generarse, dado que no cuentan con alguna entidad pública que los fiscalice de manera ex ante en materia de emisión de disposiciones administrativas.

### **3.1.4 El ordenamiento jurídico evidencia la importancia de que los ciudadanos tengan conocimiento de la declaración de una barrera burocrática carente de razonabilidad contenida en una disposición administrativa**

El artículo 9<sup>18</sup>, el numeral 2 del artículo 43<sup>19</sup> y el numeral 44.2 del artículo 44<sup>20</sup> de la Ley evidencian la importancia de que los ciudadanos tengan conocimiento de la declaración de una barrera burocrática carente de razonabilidad contenida en una disposición administrativa.

Sobre el particular, el artículo 9 de la Ley dispone que, en los procedimientos iniciados de oficio en los que se declare la carencia de razonabilidad de barreras burocráticas contenidas en disposiciones administrativas, el INDECOPI ordena la publicación de un extracto de la resolución en el Diario Oficial “El Peruano”.

En la misma línea, el numeral 2 del artículo 43 de la misma norma establece que, como medida correctiva, el INDECOPI puede ordenar que las entidades públicas informen a los ciudadanos acerca de las barreras burocráticas declaradas ilegales y/o carentes de razonabilidad. Para este último supuesto, de acuerdo al numeral 44.2 del artículo 44 de la Ley, la entidad pública tiene el plazo máximo de cinco (5) días hábiles y pueden emplear medios de comunicación tanto físicos como virtuales que estén disponibles para todo administrado y/o agente económico que acuda al área de trámite documentario, así como el portal de la entidad.

---

<sup>18</sup> **Artículo 9.- De la declaración de barreras burocráticas carentes de razonabilidad en procedimientos de oficio**

*En los procedimientos iniciados de oficio en los que se declare la carencia de razonabilidad de barreras burocráticas contenidas en disposiciones administrativas, la Comisión o la Sala, de ser el caso, ordena la publicación de un extracto de la resolución en el diario oficial “El Peruano”.*

<sup>19</sup> **Artículo 43.- Medidas correctivas**

*La Comisión o la Sala, de ser el caso, puede ordenar y/o conceder las siguientes medidas correctivas: (...)*

*2. Que las entidades informen a los ciudadanos acerca de las barreras burocráticas declaradas ilegales y/o carentes de razonabilidad mediante las resoluciones de la Comisión que hayan agotado la vía administrativa y/o las resoluciones de la Sala, como medida complementaria.*

<sup>20</sup> **Artículo 44.- Forma de implementación y plazo para el cumplimiento de las medidas correctivas:**

*(...)*

*44.2. En el caso de la medida correctiva señalada en el inciso 2. del artículo precedente, el plazo máximo con el que cuenta la entidad es de cinco (5) días hábiles. Las entidades pueden emplear medios de comunicación tanto físicos como virtuales que estén disponibles para todo administrado y/o agente económico que acuda al área de trámite documentario, así como el portal de la entidad.*

En efecto, las medidas de difusión resultan importantes debido a que permiten a los ciudadanos tener conocimiento directo e inmediato de la existencia de barreras burocráticas y facilitar, por lo tanto, la exigencia del cumplimiento de los mandatos de INDECOPI (Tirado 2018: 67).

Así pues, si los ciudadanos cuentan con el conocimiento suficiente, tienen más herramientas para cuestionar, ante la entidad pública correspondiente y/o el INDECOPI, la aplicación de una barrera burocrática carente de razonabilidad contenida en una disposición administrativa. Igualmente, se incentiva a las entidades públicas a que adecúen sus normas de acuerdo a Derecho, dado que, de otro modo, podrían ser presionadas por parte de los ciudadanos.

Por consiguiente, se puede manifestar que el ordenamiento jurídico tiene por finalidad que estas declaraciones del INDECOPI tengan efectos generales. Si bien la Ley no ha otorgado la facultad al INDECOPI para declarar la inaplicación con efectos generales de las barreras burocráticas carentes de razonabilidad contenidas en disposiciones administrativas, se han previsto medidas en la Ley para que ello se obtenga con el apoyo de los medios de difusión y los ciudadanos.

### **3.1.5 Inaplicación con efectos generales de barreras burocráticas carentes de razonabilidad contenidas en disposiciones administrativas**

A partir de lo mencionado, se ha sustentado que es legalmente viable disponer la inaplicación con efectos generales de las barreras burocráticas carentes de razonabilidad contenidas en disposiciones administrativas.

Por ello, proponemos su inaplicación teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

**a) La medida regulada en la disposición administrativa tiene una deficiencia en su origen**

Como se explicó en el apartado 3.1.1 del presente trabajo, las entidades públicas tienen la obligación de realizar un análisis previo a fin de regular una medida (un requisito, una tasa, un procedimiento administrativo, entre otros) en una disposición administrativa. En caso no se realice dicho análisis, entonces la medida no debería ser emitida en el ordenamiento jurídico por vulnerar el artículo 2 del Decreto Legislativo y/ o los numerales 1.1 y 1.4 del artículo IV del Título Preliminar del TUO.

No obstante, en caso se emitiese, la medida tendrá una deficiencia en su origen que afectará a todo ciudadano que se encuentre dentro de su ámbito de aplicación. Esta deficiencia se mantendrá hasta que la entidad pública derogue los artículos correspondientes de la disposición administrativa y/o el INDECOPI declare la inaplicación con efectos generales de la barrera burocrática carente de razonabilidad.

**b) La medida cuestionada constituirá una barrera burocrática carente de razonabilidad, mas no toda la disposición administrativa será una barrera burocrática**

La disposición administrativa podría ser una ordenanza, un reglamento o cualquier otra norma que tenga rango reglamentario o inferior. Como tal, puede regular diferentes medidas que son de obligatorio cumplimiento para los administrados que se encuentren bajo su ámbito de aplicación.

Por ende, no todo el cuerpo normativo de la disposición administrativa podría ser declarada como barrera burocrática carente de razonabilidad, sino únicamente aquella medida que no ha superado el análisis de legalidad y razonabilidad del INDECOPI.

**c) La entidad pública podrá sustentar, durante el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas, la razonabilidad de la medida cuestionada**

Si bien el artículo 17 de la Ley permite a las entidades públicas la posibilidad de presentar información y/o documentación que desacredite los indicios de carencia de razonabilidad, esta posibilidad solo debería ser aplicable en el primer procedimiento de eliminación de barreras burocráticas que es conocido por el INDECOPI. En caso la medida no supere el análisis de razonabilidad pese a la información presentada, se deberá declarar la inaplicación con efectos generales de la barrera burocrática carente de razonabilidad.

De este modo, si en este primer procedimiento, la entidad pública no puede sustentar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la medida cuestionada, entonces tampoco será capaz de sustentarla en un siguiente procedimiento.

**d) La medida declarada como barrera burocrática carente de razonabilidad en una jurisdicción, podría ser razonable en otra jurisdicción**

De acuerdo al artículo 43 de la Constitución<sup>21</sup>, el Estado es uno e indivisible y su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el Principio de Separación de Poderes. En razón a este mandato constitucional, en nuestro ordenamiento, se encuentran los Gobiernos Regionales y Locales.

Así pues, diversos de estos Gobiernos podrían regular la misma medida en sus disposiciones administrativas; no obstante, serán las circunstancias particulares

---

<sup>21</sup> **Artículo 43.-** *La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes.*

de cada jurisdicción y Gobierno las que determinarán si dicha medida es idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto.

Este sería el caso, por ejemplo, de las Municipalidades Distritales. Varias de ellas regulan el mismo procedimiento administrativo; sin embargo, su existencia, el monto de la tasa administrativa, los plazos y los requisitos dependerán de las circunstancias propias de cada jurisdicción y la Municipalidad.

Por ello, si el INDECOPI declara la existencia de una barrera burocrática carente de razonabilidad contenida en una disposición administrativa de un Gobierno Regional o Local, entonces esa declaración tendrá efectos generales únicamente para la jurisdicción del Gobierno correspondiente.

- e) **La inaplicación con efectos generales tendrá efectos a partir del día siguiente de la publicación del extracto de la resolución del INDECOPI en el Diario Oficial “El Peruano”**

Para el caso de las barreras burocráticas ilegales contenidas en disposiciones administrativas, el numeral 8.3 del artículo 8 de la Ley señala que la aplicación con efectos generales opera a partir del día siguiente de publicado el extracto de la resolución emitida por el INDECOPI en el Diario Oficial “El Peruano”.

Al respecto, este mismo mandato debería ser aplicable para las barreras burocráticas carentes de razonabilidad contenidas en disposiciones administrativas, con la finalidad de que los ciudadanos y otras entidades públicas tengan conocimiento de la carencia de razonabilidad de una medida y las razones que justifican la resolución del INDECOPI.

- f) Si la entidad pública continúa aplicando la barrera burocrática carente de razonabilidad, el escrito presentado por el ciudadano será encausado como denuncia informativa de incumplimiento de mandato**

Al igual que para las barreras burocráticas ilegales, la disposición del numeral 8.4 del artículo 8 de la Ley<sup>22</sup> debería ser aplicable también para las barreras burocráticas carentes de razonabilidad contenidas en disposiciones administrativas.

De esta manera, en aquellos procedimientos iniciados de parte con posterioridad a la publicación del extracto de la resolución del INDECOPI en el Diario Oficial “El Peruano”, en los que se denuncie la aplicación de una barrera burocrática carente de razonabilidad en la misma disposición administrativa inaplicada con efectos generales, el INDECOPI debería encausar el escrito presentado como denuncia informativa de incumplimiento de mandato.

Así pues, el procedimiento será más expeditivo a efectos de que el ciudadano no continúe siendo afectado por la barrera burocrática carente de razonabilidad.

- g) La entidad pública podría regular la medida en una nueva disposición administrativa siempre que sea legal y razonable para el ordenamiento jurídico vigente**

Se debe tener en consideración que las entidades públicas tutelan el interés público, el cual es cambiante (Prat 1977: 125). Así, si bien las circunstancias actuales podrían justificar que la medida constituya una barrera burocrática

---

<sup>22</sup> *Artículo 8.- De la inaplicación con efectos generales de barreras burocráticas ilegales contenidas en disposiciones administrativas (...)*

*8.4. En aquellos procedimientos iniciados de parte con posterioridad a la publicación a la que hace referencia el presente artículo, en los que se denuncie la aplicación de una barrera burocrática declarada ilegal, materializada en la misma disposición administrativa inaplicada con efectos generales, la Comisión encausa el escrito presentado como una denuncia informativa de incumplimiento de mandato.*

carente de razonabilidad, las circunstancias del futuro podrían necesitar de la regulación de dicha medida a fin de tutelar algún interés público.

En este último supuesto, la entidad pública tendrá que realizar, previamente a la emisión de la disposición administrativa correspondiente, el análisis de acuerdo al artículo 2 del Decreto Legislativo y/o los numerales 1.1 y 1.4 del artículo IV del Título Preliminar del TUO. De este modo, se podrá justificar que la medida es legal y razonable para el ordenamiento jurídico.

**h) El ordenamiento jurídico debería establecer que la medida prevista en una disposición administrativa validada por la Presidencia del Consejo de Ministros, no puede ser cuestionada un procedimiento de eliminación de barreras burocráticas**

En el ordenamiento jurídico vigente, la Presidencia del Consejo de Ministros se encarga de analizar las disposiciones administrativas de manera ex ante, mientras que el INDECOPI realiza un análisis ex post. Ante ello, se debería evitar que una medida prevista en una disposición administrativa sea validada por la Presidencia del Consejo de Ministros, pero cuestionada y/o eliminada en un procedimiento de eliminación de barreras burocráticas ante el INDECOPI.

Sobre el particular, de acuerdo al numeral 2.4 del artículo 2 del Decreto Legislativo<sup>23</sup>, la Presidencia del Consejo de Ministros tiene competencia, en el

---

<sup>23</sup> **Artículo 2.- Análisis de Calidad Regulatoria de procedimientos administrativos**

(...)

2.4. El Análisis de Calidad Regulatoria debe ser preparado y remitido a la Comisión Multisectorial de Calidad Regulatoria para validación, conforme al siguiente detalle:

a) En el caso de procedimientos administrativos establecidos en disposiciones normativas vigentes a la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto Legislativo, de acuerdo al cronograma que se establecerá mediante Decreto Supremo, observando lo estipulado en el numeral 2.6.

b) Antes de la aprobación de las disposiciones normativas que establezcan o regulen procedimientos administrativos, si se trata de disposiciones nuevas emitidas con posterioridad a la entrada en vigencia del presente Decreto Legislativo.

c) En el caso de los procedimientos administrativos que ingresan al Ciclo de Revisión de acuerdo a lo establecido en el numeral 2.7.

d) En el caso de modificaciones de procedimientos administrativos establecidos en disposiciones normativas vigentes, antes de que se apruebe la modificación a la disposición normativa respectiva.

(...)

ámbito de las entidades públicas del Poder Ejecutivo, para validar (i) los procedimientos administrativos previstos en disposiciones normativas emitidas con anterioridad a la vigencia del Decreto Legislativo, (ii) las nuevas disposiciones normativas que establezcan o regulen procedimientos administrativos en caso dichas disposiciones sean emitidas con posterioridad al Decreto Legislativo, y (iii) las modificaciones a los procedimientos administrativos previstos en disposiciones normativas vigentes antes que se apruebe la referida modificación.

Consideramos que el referido numeral empodera a la Presidencia del Consejo de Ministros en su función de ente rector del proceso de Modernización de la Gestión Pública, previsto en el artículo 3 de la Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública, aprobada por Decreto Supremo N° 004-2013-PCM<sup>24</sup>.

No obstante, con la finalidad de evitar posibles actos contradictorios dentro del mismo Poder Ejecutivo, el ordenamiento jurídico debería establecer que la medida contenida en una disposición administrativa validada por la Presidencia del Consejo de Ministros, no puede ser cuestionada mediante un procedimiento de eliminación de barreras burocráticas. De esta manera, se respetarán y no existirá conflicto entre las competencias de la Presidencia del Consejo de Ministros y el INDECOPI.

En suma, la inaplicación con efectos generales de las barreras burocráticas contenidas en disposiciones administrativas, podría ser dispuesta en el ordenamiento jurídico; sin embargo, es necesario tomar en consideración los alcances de dicha declaración de acuerdo a lo mencionado en el presente apartado. Así, se favorecerá al ciudadano, toda vez que no se encontrará en la obligación de

---

<sup>24</sup> **Artículo 3.- Rol de la Secretaría de Gestión Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros.**

*La Presidencia del Consejo de Ministros, a través de la Secretaría de Gestión Pública, en su calidad de rector del proceso de Modernización de la Gestión Pública y en coordinación con otras entidades cuando por la materia a desarrollar ello sea necesario, tendrá a su cargo la articulación, seguimiento y evaluación de la Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública.*

cumplir con la barrera burocrática, y se libera de la carga de cuestionar, ante el INDECOPI, dicha barrera cada vez que la entidad pública pretenda aplicársela.

### **3.2 Efectos de la propuesta a partir del análisis de resoluciones del INDECOPI**

Con la finalidad de ejemplificar cuáles serían los efectos de nuestra propuesta, a continuación, se analizan tres (3) resoluciones del INDECOPI en los cuales declaró, en última instancia administrativa, la inaplicación en el caso concreto de una barrera burocrática carente de razonabilidad contenida en una disposición administrativa.

Para efectos del presente trabajo de investigación, el análisis se centrará en la medida cuestionada contenida en la disposición administrativa.

#### **3.2.1 Resolución N° 674-2017/SDC-INDECOPI**

Pedro Ernesto Roque Broncano contaba con el Certificado de Autorización Municipal de Apertura y Funcionamiento N° 031531, de fecha 3 de setiembre de 2001, otorgado por la Municipalidad de Miraflores. De acuerdo a este certificado, Pedro Roque estaba autorizado para desarrollar el giro de “Restaurante con venta de licor como complemento de comidas” en la calle Manuel Bonilla N° 230, distrito de Miraflores (2017: 2).

Sin embargo, en el 2012, denunció la Municipalidad de Miraflores por la imposición de una barrera burocrática ilegal y/ carente de razonabilidad consistente en la restricción horaria de funcionamiento, materializada en:

- (i) el literal c) del artículo 55 de la Ordenanza N° 389/MM<sup>25</sup>, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 19 de setiembre de 2012; y,
- (ii) la Carta 2177-2016-SGC-GAC-MM del 11 de noviembre de 2016.

---

<sup>25</sup> Esta norma fue derogada por la Tercera Disposición Final de la Ordenanza N° 497-MM, publicada el 30 marzo 2018.

Al respecto, las posiciones de la Municipalidad de Miraflores e INDECOPI, durante el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas, son las siguientes:

<b>Disposición administrativa cuestionada</b>	
<p>El literal c) del artículo 55 de la Ordenanza N° 389/MM:</p> <p>Artículo 55.- HORARIOS DE FUNCIONAMIENTO            Se deberán considerar los siguientes horarios, que regirán el funcionamiento tanto de establecimientos con Licencia de Funcionamiento en actividad como para los establecimientos nuevos: (...)</p> <p>c) Horario Especial, el cual se otorga en adición al horario ordinario y que regirá de domingo a jueves desde las 20:00 horas hasta las 01:00 horas del día siguiente, y los días viernes, sábado y vísperas de feriados desde las 20:00 horas hasta las 03:00 horas del día siguiente. Será aplicable únicamente al desarrollo de los siguientes giros:</p> <p>* Restaurantes con venta de licor.            * Cines, teatros y salas de convenciones.</p> <p>El desarrollo de los giros de discotecas - pubs, karaokes, salas de recepción y baile, no comprende el horario ordinario, debiendo darse inicio de sus actividades a partir de las 20:00 horas y dentro de los límites antes indicados. De domingo a jueves hasta las 01:00 horas del día siguiente y los días viernes, sábado y vísperas de feriados hasta las 03:00 horas del día siguiente.            (...)</p>	
<b>Posición de la Municipalidad de Miraflores</b>	<b>Resolución del INDECOPI</b>
<p>La Municipalidad de Miraflores señaló, en su recurso de apelación, que:</p> <p>(i) La denuncia se sustenta en la restricción horaria recaída sobre el local comercial ubicado en la Calle Manuel Bonilla 230, distrito de Miraflores, provincia y departamento de Lima. Sin embargo, la Comisión se ha pronunciado sobre la medida de restricción horaria en todo el distrito, incluso para locales donde no se venden bebidas alcohólicas.</p> <p>(ii) En la Calle Manuel Bonilla y en la Av. Larco se produce la confluencia tanto de personas como de vehículos y de locales comerciales,</p>	<p>El INDECOPI confirmó la Resolución N° 0233-2017/CEB-INDECOPI, en el extremo de declarar barrera burocrática carente de razonabilidad la restricción horaria de funcionamiento contenida en el literal c) del artículo 55 de la Ordenanza N° 389/MM y materializada en la Carta 2177-2016-SGC-GAC-MM.</p> <p>Lo anterior se sustentó en que, si bien la Municipalidad de Miraflores cuenta con facultades para regular el funcionamiento de los establecimientos ubicados en su jurisdicción, dicha entidad no ha cumplido con:</p>

<p>al estar ubicadas cerca del Parque Kennedy, lo cual constituye un hecho público y notorio.</p> <p>(iii) Los hechos notorios no requieren acreditarse de conformidad con el artículo 165 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, por lo que no corresponde que la Comisión le exija que acredite que en tales zonas existe un problema que afecta la salud y tranquilidad pública de los vecinos, al ser ello evidente.</p> <p>(iv) El Tribunal Constitucional ha señalado en el Expediente 007-2006-PI/TC (caso denominado “Calle de las Pizzas”), que en las zonas aledañas a la “Calle de las Pizzas”, se produce un ruido que razonablemente puede considerarse como perturbador del sueño de los vecinos de la zona.</p> <p>(v) La Calle Manuel Bonilla, donde se encuentra el local comercial del denunciante, es una zona aledaña a la referida calle, por lo que en tal lugar se produce un ruido perturbador del sueño de los vecinos, que no requiere mayor probanza (...).</p> <p>(vi) Los gobiernos locales tienen competencia para desarrollar planes de prevención, rehabilitación y lucha contra el consumo de drogas y alcoholismo conforme a lo dispuesto por el artículo 73 de la Ley 27972 (...).</p> <p>(vii) (...) la medida más idónea y eficaz para controlar el consumo de alcohol es a través de una medida de restricción horaria, y no así mediante una fiscalización posterior.</p> <p>(viii) La regulación de un horario de funcionamiento se justifica en la lucha por controlar el expendio de bebidas alcohólicas en restaurantes, discotecas, pubs o cualquier otro establecimiento en el distrito de Miraflores, pues el consumo de dichos productos genera una grave adicción.</p> <p>(ix) Asimismo, con dicha medida se busca cautelar el medio ambiente (entorno acústicamente sano), la tranquilidad y la salud de los vecinos que residen en las zonas aledañas a la zona</p>	<p>(i) Acreditar de manera fehacientemente la existencia de un problema que afecte la tranquilidad, la salud de los vecinos o el medio ambiente <u>en todo el distrito de Miraflores</u> causado por los restaurantes que tienen permitida la venta de licor como complemento de la comida.</p> <p>(ii) Acreditar que realizó una evaluación previa, a la aprobación de la Ordenanza 389/MM, de los impactos positivos y negativos que la medida cuestionada generaría en todos los actores involucrados (agentes económicos y ciudadanos).</p> <p>(iii) Acreditar que otras medidas alternativas no resultarían menos costosas o no serían igualmente efectivas que la medida restrictiva (2017: 25).</p>
---	--

<p>donde se ubica el local del denunciante. No existe otro mecanismo que logre tal finalidad.</p> <p>(x) La libertad de empresa del denunciante no se ve afectada, puesto que el local de dicho administrado puede funcionar normalmente dentro del horario establecido (...).</p> <p>(xi) La Ordenanza 389-MM se ha expedido en atención al principio de uniformidad, es decir, que la regulación de horarios de funcionamiento sea la misma en todo el distrito, pero diferenciándolo por actividad (...) (2017: 8-9).</p>	
--	--

Teniendo en consideración nuestra propuesta, se puede evidenciar que la medida prevista en el literal c) del artículo 55 de la Ordenanza N° 389/MM tiene una deficiencia de origen, toda vez que la Municipalidad de Miraflores no evaluó, de manera previa a su emisión, si la misma no solo es legal sino que también es idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto. Esta evaluación previa del Principio de Proporcionalidad es importante, porque hubiese permitido que la Municipalidad de Miraflores determine (i) si era necesario y proporcional en sentido estricto disponer el mismo horario de funcionamiento en todo el distrito de Miraflores, pese a que diversas zonas son más tranquilas o seguras que otras, y (ii) los efectos positivos y negativos en los agentes económicos y ciudadanos. Al carecer de este análisis, era correcto que el mencionado literal sea declarado como barrera burocrática carente de razonabilidad contenida en la Ordenanza N° 389/MM.

A su vez, todos ciudadanos que cuenten con restaurantes con venta de licor, cines, teatros, salas de convenciones, discotecas, pubs, karaokes, o salas de recepción y bailes, en el distrito de Miraflores, se encontraban afectados. Por ello, es necesario que la declaración de barrera burocrática carente de razonabilidad tenga efectos generales. De este modo, todos los ciudadanos afectados no tendrán que solicitar la inaplicación del literal c) del artículo 55 de la Ordenanza N° 389/MM para cada caso en concreto, sino que bastará la primera resolución emitida por el INDECOPI que tenga el carácter de cosa decidida.

Además, es necesario tener en consideración que la regulación de horarios no constituye una barrera burocrática carente de razonabilidad en todos los distritos del país; por el contrario, dependerá de las particularidades de cada jurisdicción para que las Municipalidades establezcan horarios en determinadas zonas del distrito. Así, las Municipalidades Distritales tienen competencia para regular los horarios de funcionamiento de los establecimientos; sin embargo, esta regulación debe ser idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto.

### **3.2.2 Resolución N° 0066-2015/SDC-INDECOPI**

En el 2014, el Policlínico San Carlos V E.I.R.L. denunció al Ministerio de Transportes y Comunicaciones por la imposición de una barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad consistente en la exigencia de presentar una carta fianza bancaria emitida por una institución financiera por el monto de US\$ 10 000,00, a fin de obtener y renovar la autorización que permite prestar el servicio de toma de exámenes de aptitud psicosomática para obtener una licencia de conducir (2015: 1-2). Esta exigencia se encontraba regulada en el literal m) del artículo 92 del Reglamento Nacional de Licencias de Conducir Vehículos Automotores y No Motorizados de Transporte Terrestre, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2008-MTC<sup>26</sup> (en adelante, el “Reglamento de Licencias de Conducir”).

Sobre el particular, las posiciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones e INDECOPI, durante el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas, son las siguientes:

#### **Disposición administrativa cuestionada**

El literal m) del artículo 92 del Reglamento Nacional de Licencias de Conducir:

#### **Artículo 92.- Requisitos para la autorización**

<sup>26</sup> Esta norma fue derogada por la la Primera Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Supremo N° 007-2016-MTC.

Para solicitar la autorización, el establecimiento de salud deberá adjuntar los siguientes documentos: (...)

m) Carta fianza bancaria emitida por una institución financiera autorizada por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, por el importe de US 10,000.00 (diez mil 00/100 dólares americanos), con carácter de solidaria, irrevocable, incondicional, de realización inmediata y por un plazo de vigencia que coincida con la vigencia de la autorización, con el objeto de respaldar las obligaciones del establecimiento de salud con la autoridad competente.

Excepcionalmente, los establecimientos públicos de salud podrán presentar la carta fianza señalada con una vigencia menor a la prevista en el párrafo precedente, siempre que esa situación se encuentre justificada por la entidad financiera que la emite. En estos casos, el establecimiento de salud deberá cumplir con renovar la carta fianza o presentar una nueva, antes del vencimiento de la carta fianza original, encontrándose obligado a cumplir con este procedimiento durante el período total de la autorización conferida. En caso de no cumplir con la renovación de la carta fianza, la autorización conferida quedará sin efecto de pleno derecho.

(...)

<b>Posición del Ministerio de Transportes y Comunicaciones</b>	<b>Resolución del INDECOPI</b>
<p>El Ministerio de Transportes y Comunicaciones afirmó, en su recurso de apelación, que:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>(i) La exigencia cuestionada es plenamente razonable, pues a través de ésta se haría viable la cobranza de las multas que se impongan a los centros de evaluación psicosomática como consecuencia de las infracciones que cometan, constituyendo además un mecanismo de disuasión para que dichos agentes económicos no incumplan sus obligaciones y brinden el servicio de manera adecuada.</li> <li>(ii) La barrera denunciada se sustenta en la necesidad de que cuenten con una adecuada solvencia económica, que garantice que los exámenes que realicen sean totalmente objetivos, pues un establecimiento con precariedad económica podría acceder a actos indebidos por captar más usuarios.</li> <li>(iii) En los últimos 15 años el número de fallecidos en accidentes de tránsito en el Perú sobrepasó los 46,000. En ese sentido, dada la delicada función que cumplen los centros de</li> </ul>	<p>El INDECOPI confirmó la Resolución N° 0269-2014/CEB-INDECOPI, en el extremo de declarar barrera burocrática carente de razonabilidad la exigencia de presentar una carta fianza bancaria por la suma de US\$ 10 000,00 como requisito para la prestación del servicio de toma de exámenes de aptitud psicosomática para obtener licencias de conducir, establecida en el artículo 92 del Reglamento Nacional de Licencias de Conducir.</p> <p>Esta decisión se respaldó en que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones no cumplió con acreditar que la exigencia denunciada sea una medida proporcional a los beneficios que se esperan alcanzar con su implementación:</p> <p>41. En tal sentido, para que la exigencia de presentar una carta fianza bancaria <u>por la suma de US\$ 10 000,00</u> (Diez Mil Dólares Americanos), como requisito para la prestación del servicio de toma de exámenes de aptitud</p>

<p>evaluación psicosomática, el MTC se ve en la necesidad de requerir que se acredite contar con solvencia económica (2015: 5-6).</p>	<p>psicosomática para obtener licencias de conducir, pueda ser catalogada como una medida proporcional, el MTC debió haber evaluado los costos que podrían haberse generado para las empresas, el mercado y los consumidores (...).</p> <p>43. Pese a lo señalado, durante el procedimiento, el MTC no ha presentado documento alguno que acredite que evaluó la magnitud o la proporcionalidad de la medida, así como los efectos que la misma podría ocasionar en los agentes económicos o en la población en general.</p> <p>44. Por lo expuesto, dado que el MTC no ha cumplido con acreditar que la exigencia denunciada sea una medida proporcional a los beneficios que se esperan alcanzar con su implementación en el país, dicha medida no ha superado el segundo nivel del análisis de razonabilidad (...).</p> <p>48. Al respecto, de la revisión del expediente se aprecia que el MTC no ha presentado documento alguno que acredite que evaluó una medida alternativa para salvaguardar los intereses públicos protegidos por la exigencia cuestionada. En efecto, lo que lo que correspondía es que el MTC acredite por qué una carta fianza bancaria por la suma de US\$ 10 000,00 (Diez Mil Dólares Americanos) es la medida menos gravosa para solucionar los problemas alegados, indicando, por ejemplo, la razón por la que <u>una carta fianza de menor cuantía no solucionaría los problemas de la inseguridad vial e informalidad en la prestación del servicio de los establecimientos de salud de toma de exámenes de aptitud psicosomática</u> (2015: 17-18).</p>
---	---

A partir de la información del cuadro anterior, se evidencia que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones no había realizado un análisis previo con el objeto

de determinar si el literal m) del artículo 92 del Reglamento Nacional de Licencias de Conducir era una medida que respetaba el Principio de Proporcionalidad. Al carecer de este análisis, la medida mencionada contenía una deficiencia en su origen, por lo que no debió haber sido emitida en el ordenamiento jurídico.

Igualmente, el análisis del Principio de Proporcionalidad era necesario en el presente caso, para evitar que agentes económicos sean perjudicados al ingresar o continuar en el mercado. Al respecto, estos agentes tenían la obligación de tener un capital de, al menos, US\$ 10,000.00 (Diez Mil con 00/100 Dólares Americanos). De esta manera, es posible que ciertos agentes económicos no puedan ingresar o continuar en el mercado de establecimientos de salud por carecer de ese capital.

Inclusive, si se determinara que el requerimiento de una carta fianza era idónea y necesaria, no existe justificación del Ministerio de Transportes y Comunicaciones que demuestre que el monto exacto de US\$ 10,000.00 (Diez Mil con 00/100 Dólares Americanos) permitiría solucionar los problemas de inseguridad vial e informalidad de los establecimientos de salud.

También, la medida tiene efectos generales y abstractos sobre todos los agentes económicos que deseen ingresar o continuar en el mercado de establecimientos de salud. Por ello, con nuestra propuesta, basta que un agente económico denuncie y obtenga una resolución favorable del INDECOPI, para que la declaración de la barrera burocrática carente de razonabilidad tenga efectos generales.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que es posible que el requerimiento de la carta fianza sea la medida necesaria para el interés público. En este supuesto, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones tiene la obligación de analizar la medida de acuerdo al artículo 2 del Decreto Legislativo. Así, solo en caso la medida supere el análisis de los Principios de Legalidad, Necesidad, Efectividad y Proporcionalidad, la misma debería ser emitida y tener efectos jurídicos en el ordenamiento.

### 3.2.3 Resolución N° 0165-2015/SDC-INDECOPI

La Empresa de Transportes Expreso Internacional Palomino S.A.C. contaba con la autorización del Ministerio de Transportes y Comunicaciones para prestar el servicio de transporte terrestre de personas en distintas rutas del Perú; así, deseaba ampliar su servicio a las ciudades de Churín y Challhuahuacho (2015: 2).

Sin embargo, en el 2014, la referida empresa denunció al Ministerio de Transportes y Comunicaciones por la presunta imposición de una barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad, consistente en la exigencia de acreditar ser titulares o tener suscritos contratos vigentes para usufructuar terminales terrestres o estaciones de ruta habilitados en las ciudades de Churín y Challhuahuacho (2015: 1-2). Este requerimiento se encuentra regulado en el numeral 33.4 del artículo 33 del Reglamento Nacional de Administración de Transportes, aprobado por Decreto Supremo N° 017-2009-MTC (en adelante, el “RNAT”).

Al respecto, las posiciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones e INDECOPI, durante el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas, son las siguientes:

#### **Disposición administrativa cuestionada**

El numeral 33.4 del artículo 33 del RNAT:

#### **Artículo 33.- Consideraciones generales**

(...)

33.4 Los transportistas autorizados para prestar servicio de transporte regular deben acreditar ser titulares o tener suscritos contratos vigentes para usar y usufructuar terminales terrestres o estaciones de ruta habilitados en el origen y en el destino de cada una de sus rutas; así como estaciones de ruta en las escalas comerciales. Los transportistas autorizados están obligados a hacer uso de la infraestructura que hayan acreditado, para la prestación de sus servicios, salvo caso fortuito o fuerza mayor.

Solo pueden hacer uso de un terminal terrestre o estación de ruta los transportistas autorizados y los vehículos habilitados.

(...)

<b>Posición del Ministerio de Transportes y Comunicaciones</b>	<b>Resolución del INDECOPI en segunda instancia</b>
<p>El Ministerio de Transportes y Comunicaciones afirmó, en su recurso de apelación, que:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>(ii) (...) La normativa relacionada al servicio de transporte de personas establece que el Estado regula de manera obligatoria que las empresas que prestan el servicio de transporte de pasajeros cuenten con terminales terrestres, debido a que es parte de su servicio.</li> <li>(iii) La Décima Disposición Complementaria Final del RNAT establece que los transportistas autorizados para prestar el servicio de transporte de personas de ámbito nacional y regional están obligados a acreditar ser titulares o tener suscritos contratos para usar y usufructuar terminales terrestres.</li> <li>(iv) (...)</li> <li>(v) El Ministerio cuenta con facultades para regular los requisitos técnicos del servicio de transporte, dentro de lo cual se encuentra regular lo relacionado a la infraestructura de las empresas prestadoras de dicho servicio, como son los terminales terrestres.</li> <li>(vi) La obligación de acreditar la titularidad o tener suscrito un contrato para el uso de un terminal terrestre o estación de ruta ha sido prevista en la legislación peruana con anterioridad a la vigencia del RNAT y la misma se sustenta en razones de seguridad para la prestación del servicio.</li> <li>(vii) El RNT promueve la iniciativa privada y la libre competencia en la construcción y operación de terminales terrestres, siempre que se respeten las condiciones legales, técnicas y operacionales establecidas. Además, establece los requisitos para</li> </ul>	<p>El INDECOPI confirmó la Resolución N° 0338-2014/CEB-INDECOPI, por medio de la cual se declaró barrera burocrática carente de razonabilidad la exigencia de contar con terminales terrestres o estaciones de ruta debidamente autorizados en las ciudades de Churín y Challhuahuacho. Dicha exigencia está prevista en el numeral 33.4 del artículo 33 del RNAT.</p> <p>Sobre el particular, el INDECOPI señaló que la carencia de razonabilidad de la barrera burocrática denunciada se debe a que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones no demostró que exista un problema de congestión vehicular o que exista infraestructura habilitada en las ciudades mencionadas:</p> <p>37. Si bien el Ministerio tuvo la oportunidad de probar la proporcionalidad de la barrera burocrática denunciada desde el admisorio de la denuncia, hasta la fecha no ha presentado documentación alguna que acredite que, al momento de imponer dicha obligación, evaluó la magnitud o la proporcionalidad de la medida, así como los efectos que la misma podría ocasionar en los agentes económicos, en el servicio de transporte de pasajeros o en la población (...).</p> <p>39. Por tanto, a fin de que dicha obligación no sea arbitraria o desproporcionada, es necesario que la entidad acredite haber evaluado los costos que la misma generará en los agentes económicos, así como los efectos que podría ocasionar en el mercado. Ello, con la finalidad de determinar si existen supuestos en los que</p>

<p>implementar un terminal terrestre (...) (2015: 4-5).</p>	<p>debería existir una excepción o supuestos en los que la medida regulatoria que busca eliminar un riesgo termina causando otro.</p> <p>40. En el presente caso, se evidencia que el Ministerio no tomó en cuenta el tamaño de las empresas, las rutas en las que operan ni 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 (...).</p> <p>45. En atención a lo expuesto, las empresas pequeñas que operan o deseen operar en el interior del país, donde no existe este tipo de infraestructura o la misma no se encuentra autorizada, se verían obligadas a: (i) construir los terminales terrestres y/o estaciones de ruta en el origen y destino de sus rutas y en cada escala comercial y trasladar dicha carga a los pasajeros a través del incremento del costo de los pasajes; o, (ii) no prestar sus servicios en dichas localidades, perjudicando a los usuarios que requieren del servicio de transportes. Ello, pese a que no se ha acreditado que en dichas zonas exista efectivamente un problema de congestión vehicular o que exista una externalidad negativa que deba ser interiorizada (...) (2015: 16-18).</p>
---	---

En este último caso, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones no analizó, de manera previa a la emisión del RNAT, si la medida prevista en el numeral 33.4 del artículo 33 cumplía con el Principio de Razonabilidad. En razón a ello, no evaluó si era idóneo, necesario y proporcional en sentido estricto exigir que todas las empresas que presten servicio de transporte terrestre de personas, cuenten con terminales terrestres o estaciones de ruta habilitados en todos los lugares a los cuales se dirigieran. Al igual que en los casos anteriores, esta medida también presenta una deficiencia en su origen por carecer de un análisis previo respecto al Principio de Proporcionalidad.

De otro lado, es importante evidenciar que el numeral 33.4 del artículo 33 del RNAT carece de razonabilidad por contener una disposición tan general que afecta a todos los agentes económicos sin importar que, en la ruta correspondiente, exista o no congestión vehicular y/o suficiente infraestructura.

De ahí que el referido numeral pueda haber sido calificado como legal y razonable en caso la medida hubiese sido contar con terminales terrestres o estaciones de ruta habilitados en aquellos lugares en los que existe congestión vehicular y suficiente infraestructura de terminales y/o estaciones.

En conclusión, a partir de los tres (3) casos analizados, se ha demostrado que las barreras burocráticas carentes de razonabilidad contenidas en disposiciones administrativas contienen una deficiencia en su origen. A su vez, por las características propias de una disposición administrativa, la barrera burocrática recae sobre todos los agentes económicos que se encuentran bajo su ámbito de aplicación. Por esto, es necesario que la declaración de barrera burocrática carente de razonabilidad contenida en una disposición administrativa tenga efectos generales; de esta manera, se evita que los agentes económicos tengan la carga de solicitar al INDECOPI la inaplicación de la barrera, pese a que esta entidad ya haya declarado la irrazonabilidad en un procedimiento administrativo previo.

#### IV. Conclusiones

1. El Estado peruano tiene el mandato constitucional de garantizar la libertad de empresa. Una manera para preservar dicha libertad es por medio de la eliminación de las barreras burocráticas del ordenamiento jurídico, toda vez que las mismas constituyen afectaciones que contravienen los artículos 58 y 59 de la Constitución.
2. La Ley permite la inaplicación con efectos generales de únicamente las barreras burocráticas ilegales contenidas en disposiciones administrativas. No obstante, no existiría razón suficiente que justifique que las barreras burocráticas carentes de razonabilidad contenidas en esas disposiciones sean inaplicables solo para el caso concreto. Así, en los hechos, el administrado continúa teniendo la carga de solicitar al INDECOPI la inaplicación de la barrera, pese a que esta entidad ya haya declarado la irrazonabilidad en un procedimiento administrativo previo.
3. La inaplicación con efectos generales de las barreras burocráticas carentes de razonabilidad contenidas en disposiciones administrativas cuenta con sustento jurídico, toda vez que (i) las entidades públicas se encuentran en la obligación de realizar un análisis previo de legalidad y razonabilidad a fin de emitir una medida contenida en una disposición administrativa, (ii) esta barrera mantiene ese carácter y no varía cada caso en concreto, y (iii) el ordenamiento jurídico evidencia la importancia de que los ciudadanos tengan conocimiento de la declaración de una barrera burocrática carente de razonabilidad.
4. Para que la propuesta tenga efectos positivos en los ciudadanos en general, se debe tener en consideración que (i) la medida regulada tiene una deficiencia en su origen, (ii) únicamente la medida cuestionada constituirá una barrera burocrática carente de razonabilidad, mas no toda la disposición administrativa, (iii) la entidad pública podrá sustentar, durante el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas, la razonabilidad de la medida cuestionada, (iv) la medida cuestionada podría ser razonable en otra jurisdicción, (v) la inaplicación con

efectos generales tendrá efectos a partir del día siguiente de la publicación del extracto de la resolución del INDECOPI en el Diario Oficial “El Peruano”, (vi) si la entidad pública continúa aplicando la barrera burocrática, el escrito presentado por el ciudadano será encausado como denuncia informativa de incumplimiento de mandato, (vii) la entidad pública podría regular la medida en una nueva disposición administrativa siempre que sea legal y razonable para el ordenamiento jurídico vigente, y (viii) el ordenamiento jurídico debería establecer que la medida prevista en una disposición administrativa validada por la Presidencia del Consejo de Ministros, no puede ser cuestionada un procedimiento de eliminación de barreras burocráticas.



## V. Bibliografía

### Normas

#### CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO

1993 *Constitución Política del Perú*. Lima, 29 de diciembre.

#### MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES

2008 *Decreto Supremo 040-2008-MTC*. Lima, 17 de noviembre.

#### MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES

2009 *Decreto Supremo 017-2009-MTC*. Lima, 21 de abril.

#### MUNICIPALIDAD DE MIRAFLORES

2012 *Ordenanza N° 389/MM*. Lima, 13 de setiembre.

#### PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS

2013 *Decreto Supremo N° 004-2013-PCM*. Lima, 8 de enero.

#### PODER EJECUTIVO

2016 *Decreto Legislativo N° 1256*. Lima, 7 de diciembre.

#### PODER EJECUTIVO

2016 *Decreto Legislativo N° 1302*. Lima, 29 de diciembre.

## Jurisprudencia y Resoluciones

INDECOPI

1997 *Resolución N° 00182-97/TDC-INDECOPI*. Resolución: 16 de julio de 1997. Consulta: 20 de setiembre de 2018.

<https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/143803/resolucionn182-97-tdc.pdf>

INDECOPI

2015 *Resolución N° 0066-2015/SDC-INDECOPI*. Resolución: 5 de febrero de 2015.

INDECOPI

2015 *Resolución N° 0165-2015/SDC-INDECOPI*. Resolución: 17 de marzo de 2015.

INDECOPI

2017 *Resolución N° 013-2017/CEB-INDECOPI*. Resolución: 5 de enero de 2017. Consulta: 12 de octubre de 2018.

[http://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/competencia\\_e\\_lim\\_barrer\\_buroc.seam](http://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/competencia_e_lim_barrer_buroc.seam)

## INDECOPI

2017 *Resolución N° 674-2017/SDC-INDECOPI*. Resolución: 29 de noviembre de 2017. Consulta: 10 de octubre de 2018.

[http://www.miraflores.gob.pe/Gestorw3b/files/pdf/10708-28523-resolucion\\_674\\_2017.pdf](http://www.miraflores.gob.pe/Gestorw3b/files/pdf/10708-28523-resolucion_674_2017.pdf)

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2005 *Expediente N° 3330-2004-AA/TC*. Sentencia: 11 de julio de 2005. Consulta: 16 de setiembre de 2018.

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03330-2004-AA.html>

## Doctrina

ARIÑO ORTIZ, Gaspar

1995 *Principios constitucionales de la libertad de empresa: libertad de comercio e intervencionismo administrativo*. Madrid: Marcial Pons.

## 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. Consulta: 18 de setiembre de 2018.

<http://repositorio.indecopi.gob.pe/handle/11724/5703>

KRESALJA, Baldo y César OCHOA

2012 *El régimen económico de la Constitución de 1993*. Lima: PUCP Fondo Editorial.

MARAVÍ SUMAR, Milagros

2017 “Mecanismos de simplificación administrativa a la luz de las recientes modificaciones a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444, y la reciente Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas, Decreto Legislativo 1256”. *Ius Et Veritas*. Número 54, pp. 66-99.

OCHOA CARDICH, César

2009 “Fundamentos y límites constitucionales de la libertad de empresa”. *Gaceta Constitucional*. Lima, 2009, tomo 21, pp. 63-75.

OCHOA CARDICH, César

2013 “El control de barreras burocráticas por el INDECOPI y la tutela de derechos fundamentales económicos”. *Revista de Derecho PUCP*. Número 71, pp. 413-442.

PRAT, Julio A.

1977 *Derecho Administrativo*. Montevideo: Acali Editorial. Tomo I.

RIZO PATRÓN LARRABURE, Javier

2009 “La libertad de acceso al mercado, su protección constitucional y el análisis de razonabilidad de las ordenanzas que la limitan”. *Gaceta Constitucional*. Lima, 2009, tomo 21, pp. 77- 93.

TIRADO BARRERA, José Antonio

2018 *Eliminación de Barreras Burocráticas. Análisis del Decreto Legislativo N° 1256 que aprueba la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas*. Lima: Gaceta Jurídica.

