

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Público y Buen Gobierno

TITULO: Reflexiones sobre la Naturaleza del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas

Trabajo Académico para optar el grado de segunda especialidad en Derecho Público y Buen Gobierno

Autor: Oscar Eduardo Herrera Olivares

Asesor: César Augusto Higa Silva

Código de alumno: 20083282

2018

RESUMEN

El procedimiento administrativo de eliminación de Barreras burocráticas ha sido el centro de un debate entre juristas que argumentan a favor de posturas encontradas: algunos sugieren que este procedimiento es de naturaleza trilateral con características especiales y otros una minoría opinan que este procedimiento no calza en ninguna forma especial tal y como lo señala la ley del procedimiento administrativo general de modo que al no ser trilateral ni sancionador sería un procedimiento administrativo como cualquier otro.

Es así que el presente artículo inicia estudiando las generalidades de los distintos tipos de procedimiento administrativo (El general y los especiales -trilateral y sancionador), las características del procedimiento de eliminación de Barreras burocráticas y rasgos fundamentales, así como un repaso de los conceptos relacionados para finalmente dar una respuesta y plantear una conclusión.



I. Introducción

La realidad y el contexto ponen a prueba a las leyes: mientras en la realidad la única constante es el cambio, la ley permanece inmutable hasta que la voluntad de los legisladores propicia su cambio. Debido a esto puede surgir la tentación de reconocer situaciones que “trascienden” la letra de la norma.

El procedimiento administrativo de eliminación de barreras burocráticas ha sido el centro de un debate entre juristas que argumentan a favor de posturas encontradas: algunos sugieren que este es un procedimiento trilateral con características especiales y otros (una minoría) opinan que este es un procedimiento administrativo que no calza en la forma de ningún procedimiento administrativo calificado como “especial” por la Ley del procedimiento Administrativo General, sino que es un procedimiento administrativo como cualquier otro (no es sancionador ni trilateral).

Para evitar caer en la idea de que la realidad puede (de manera automática) alterar lo establecido en la ley y contribuir al debate antes mencionado es que se escriben las siguientes líneas. En estas se analiza desde lo más general a lo más específico al procedimiento de eliminación de barreras burocráticas seguido por Indecopi y se procura argumentar a favor de la postura que más convence al autor.

Es así que el presente artículo inicia estudiando las generalidades de los distintos tipos de procedimiento administrativo (el general y los especiales –sancionador y trilateral-), las características del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas y sus características fundamentales para finalmente dar una respuesta y plantear una conclusión.

En un país en el que el mercado tiene tanta importancia a la luz de la Constitución y en el que existen distintos procedimientos del mismo tipo que inspiran un análisis anual por parte de la Comisión encargada de eliminar barreras burocráticas es necesario que como personas entregadas a las ciencias jurídicas distingamos las características de un procedimiento tan actual y relevante.

II. Tipos de Procedimiento Administrativo

Antes de poder clasificar el procedimiento que se sigue ante Indecopi para que este declare la ilegalidad o la carencia de razonabilidad de una barrera burocrática debemos conocer los diversos tipos de procedimiento administrativo. Solo conociendo las características de cada uno podremos saber en cual se subsume de mejor manera el procedimiento materia de análisis.

i. General

El procedimiento administrativo se refiere a “un proceso cognitivo, pues implica una toma de decisión fundada en un análisis previo, tras el cual se emite una resolución”¹. El procedimiento administrativo “común” está relacionado con el vínculo entre el Estado y los administrados en general (es decir, se refiere a derechos y obligaciones entre el Estado y sus trabajadores, entre el Estado y los particulares o entre particulares ante el Estado)². La estructura es sencilla: Un administrado o pluralidad de estos, frente a la Administración; ambos con intereses contrapuestos. Estos demandan la satisfacción de su interés al Estado o bien, la Administración les demanda una conducta.

Todo procedimiento administrativo tiene una doble finalidad: en primer lugar busca garantizar los derechos de los administrados haciendo efectivo el derecho de petición administrativa. De esta forma se limitan las potestades del Estado en mérito de concepciones provenientes de respeto por los derechos fundamentales y el sometimiento de la Administración a la Ley. En segundo lugar, el procedimiento administrativo debe asegurar la satisfacción del interés general³.

ii. Especiales

Aunque la Ley del Procedimiento Administrativo General establece como única subclasificación expresa de los procedimientos administrativos aquellos que son aprobados automáticamente y aquellos que pasan por una evaluación previa; yo estoy separando al procedimiento general (aquel que sigue la estructura “estándar” de un procedimiento administrativo) de los procedimientos especiales que la propia LPAG señala⁴.

Los procedimientos especiales no son una creación de la Ley de Procedimiento Administrativo General; es más bien el reconocimiento de una realidad que ya existía por ejemplo el procedimiento de defensa de la competencia (D.L. 701 y 807) y todos los procedimientos administrativos de reclamaciones de usuarios de los servicios públicos (luz, agua, etc.) que finalmente son derivados en última instancia a los organismos reguladores, además de aquellos en los que interviene el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración.

En términos sencillos, están sometidos bajo los mismos principios generales que rigen a todo procedimiento administrativo, pero poseen ciertas reglas especiales en atención a su naturaleza particular o a los conflictos que procuran resolver. Estos procedimientos administrativos pueden ser sancionadores o trilaterales.

¹ GUZMÁN, Christian (2013) “Manual del Procedimiento Administrativo General” Lima: Pacifico Ediciones, p. 375.

² Ídem, p. 382.

³ MORÓN, Juan (2001) “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General” Lima: Gaceta Jurídica p. 475

⁴ El título IV de la LPAG reza “de los Procedimientos especiales”. En su primer capítulo desarrolla el procedimiento administrativo trilateral y en el capítulo siguiente, el sancionador. Estos son los únicos procedimientos especiales reconocidos por la ley.

a) Sancionador

Básicamente se trata del procedimiento a través del cual la Administración ejerce su potestad sancionadora. Este se encuentra normado en la Ley del Procedimiento Administrativo General. Es el “conjunto concatenado de actos que deben seguirse para imponer una sanción administrativa.”⁵

Siendo la potestad sancionadora la facultad más aflictiva con la que cuenta la administración⁶, se requiere de normas claras que estructuren un procedimiento predecible y justo, que permita al administrado el desarrollo de todos sus derechos fundamentales y de los mecanismos de defensa pertinentes.

Por supuesto, este procedimiento no se encuentra aislado de los Principios Generales que subordinan a cualquier otro proceso legal. Por ejemplo, por su propia naturaleza, es menester admitir que el procedimiento administrativo sancionador no se encuentra exento del tipo de control constitucional establecido por el TC⁷.

Lo interesante del Procedimiento Administrativo Sancionador es la presencia de ciertos elementos y características que, en un primer momento podemos relacionar con el Derecho Penal, en el sentido de que ambos procedimientos (el penal y el administrativo sancionador) giran en torno a la imposición de una sanción. Por esta razón, en ambos podemos evidenciar la potestad sancionadora del Estado. Esta se rige por los principios de Legalidad, Debido Proceso, Razonabilidad, Tipicidad, Irretroactividad, Concurso de Infracciones, Continuación de Infracciones, Causalidad, Presunción de Licitud y Non bis in Idem.

Cuando ocurre una contravención al ordenamiento jurídico, el Estado tiene la facultad de aplicar sanciones correspondientes al caso. Es Por esto que Vergara y Gómez definen a la potestad sancionadora del Estado como “el poder jurídico que posee la Administración Pública de castigar a los administrados cuando estos lesionan determinados bienes jurídicos reconocidos por el marco constitucional y legal vigente, mediante la represión de ciertas conductas busca incentivar el respeto y cumplimiento del ordenamiento jurídicos, desincentivando la realización de infracciones.”⁸

Llama la atención como en el Perú la potestad sancionadora de la Administración no tiene un reconocimiento expreso en la Constitución. Sin embargo, Danos señala que “la ausencia de reconocimiento constitucional expreso de la potestad sancionadora de la

⁵MORÓN, Juan (2001) p. 745

⁶Ídem

⁷MARTIN, Richard (2013) Procedimiento administrativo sancionador en materia de contratación pública. Derecho al debido proceso en sede administrativa y protección constitucional para el ejercicio de la función arbitral. En: Ius et Praxis, Revista de la Facultad de Derecho N° 44 p.146

⁸VERGARAY, Verónica y GÓMEZ, Hugo (2009) “La potestad sancionadora y los principios del procedimiento sancionador” En: Sobre la Ley y el Procedimiento Administrativo General, libro homenaje a José Alberto Bustamante Belaunde, p. 147. Lima: UMC

Administración no se deriva necesariamente en su rechazo, ya que al igual que otras importantes instituciones del Derecho Administrativo como la auto tutela, tampoco encuentran un reconocimiento constitucional explícito y sin embargo, no es posible prescindir de ninguna de ellas, ya que todas estas son consustanciales o connatural a ejercicio de las funciones administrativas.”⁹

b) Trilateral

El numeral 1 del artículo 219 de la LPAG define al procedimiento trilateral como el proceso contencioso seguido ante dos o más administrados seguido por dos o más administrados ante un órgano administrativo¹⁰. Similar a un procedimiento civil, en el trilateral el órgano administrativo se sitúa en una posición de independencia e imparcialidad respecto de las partes (administrados con intereses contrapuestos).

En este procedimiento se resuelven controversias que podrían resolverse por una vía judicial, sin embargo el legislador ha decidido otorgarle competencia primaria a una autoridad administrativa para que resuelva como si se tratase de un órgano jurisdiccional.

A diferencia de los procedimientos bilaterales (como el procedimiento general y el sancionador) en los que la Administración actúa como juez y parte, representando el interés público mientras que del otro lado se encuentra el administrado, quien posee un interés privado; en los trilaterales, la Administración es juez pero nunca es parte¹¹.

Por supuesto que tampoco se pretende igualar el rol de la Administración con el de un juez civil, pues este último tiene un rol más distante respecto de las partes; mientras que en caso de un trilateral, la autoridad administrativa tiene la facultad de actuar pruebas de oficio. Esto se debe al Principio de verdad material¹² y a la necesidad de resguardar el interés público.

No estamos frente a un procedimiento sometido a un férreo rigor formal ni a la severa aplicación de principios como el de preclusión. Por regla general, los procedimientos trilaterales son más flexibles. Esto queda demostrado con una lectura del artículo 223°

⁹DANÓS, Jorge (1995) “Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública” En: *Ius et veritas* -- Año 5, no. 10, p. 155

¹⁰ Artículo 219.- Procedimiento trilateral

219.1 El procedimiento trilateral es el procedimiento administrativo contencioso seguido entre dos o más administrados ante las entidades de la administración y para los descritos en el inciso 8) del Artículo I del Título Preliminar de la presente Ley.

219.2 La parte que inicia el procedimiento con la presentación de una reclamación será designada como “reclamante” y cualquiera de los emplazados será designado como “reclamado”.

¹¹GÓMEZ, Hugo (2011) “El Procedimiento trilateral ¿Cuasijurisdiccional?” En: *Revista de derecho Administrativo*, N° 9, p. 37.

¹² Este principio señala que la autoridad juzgadora, deberá investigar los hechos independientemente de que las partes procesales hayan propuesto las pruebas. Esto confiere a la Administración un rol activo en el procedimiento.

de la LPAG¹³, el cual le permite a la autoridad administrativa, en caso de que el reclamado no cumpliera con presentar la contestación dentro del plazo, evaluar la posibilidad de que la entrega se presente de manera posterior.

Las características fundamentales de este tipo de procedimiento pueden resumirse de la siguiente forma: En primer lugar, se inician a pedido de parte; la reclamación que se presenta debe cumplir con condiciones previas de admisibilidad; aunque se cumple la regla general de que “quien alega un hecho, debe probarlo”, la autoridad administrativa puede actuar pruebas de oficio; si el reclamado no presenta sus descargos, se le declarará rebelde y se considerarán como ciertos alegatos; el procedimiento trilateral puede concluir extrajudicialmente, pero si el asunto controvertido afecta a terceros o al interés público la autoridad puede continuarlo de oficio.

iii. Breve comparación entre el procedimiento sancionador y el trilateral

A manera de ejemplo y para desarrollar los conceptos anteriormente definidos, favorece realizar una comparación entre la operatividad de los procedimientos especiales, trilateral y sancionador. Para desarrollar este ejercicio nos apoyamos en las comparaciones realizadas por Hugo Gómez, quien propone distinguir estos dos procedimientos por su inicio, por la aplicación del principio de congruencia procesal, por la rebeldía, por el silencio administrativo, por la condena de costas y costos y por su prescripción¹⁴.

El procedimiento trilateral no puede iniciarse de oficio, sino solo a pedido de parte. El solicitante ejerce el derecho de petición administrativa que le confiere el artículo 107 de la LPAG. Dicha petición debe cumplir con los correspondientes requisitos de admisibilidad y procedencia. A diferencia de todo lo anterior, el procedimiento sancionador solamente se inicia de oficio. De acuerdo con el artículo 105º de la LPAG¹⁵, puede haber una denuncia informativa presentada por un administrado; sin embargo esto no significa que el proceso se haya iniciado por pedido del administrado

¹³ Artículo 223.- Contestación de la reclamación

223.3 En el caso de que el reclamado no cumpla con presentar la contestación dentro del plazo establecido, la administración podrá permitir, si lo considera apropiado y razonable, la entrega de la contestación luego del vencimiento del plazo.

¹⁴ GÓMEZ, Hugo (2011) p. 33

¹⁵ Artículo 105.- Derecho a formular denuncias

105.1 Todo administrado está facultado para comunicar a la autoridad competente aquellos hechos que conociera contrarios al ordenamiento, sin necesidad de sustentar la afectación inmediata de algún derecho o interés legítimo, ni que por esta actuación sea considerado sujeto del procedimiento.

105.2 La comunicación debe exponer claramente la relación de los hechos, las circunstancias de tiempo, lugar y modo que permitan su constatación, la indicación de sus presuntos autores, partícipes y damnificados, el aporte de la evidencia o su descripción para que la administración proceda a su ubicación, así como cualquier otro elemento que permita su comprobación.

105.3 Su presentación obliga a practicar las diligencias preliminares necesarias y, una vez comprobada su verosimilitud, a iniciar de oficio la respectiva fiscalización. El rechazo de una denuncia debe ser motivado y comunicado al denunciante, si estuviere individualizado.

ni que este sea parte en el proceso. En este caso, el administrado solo ha notificado a la autoridad para que esta inicie el procedimiento y aplique la potestad sancionadora.

En el procedimiento trilateral, el principio de congruencia procesal exige correspondencia entre la solicitud del reclamante y el pronunciamiento de la autoridad. Dada la prevalencia de los intereses privados en conflicto, la decisión del órgano administrativo no puede traspasar el petitorio del caso. Del mismo modo, en el procedimiento administrativo sancionador, este principio hace indispensable que exista identidad entre la imputación de cargos y la decisión de la autoridad.

En el procedimiento sancionador, donde prima el interés público, la rebeldía no se aplica. En otras palabras, el que un presunto infractor no presente sus descargos no debería permitirle a la Administración suponer como ciertos los cargos que se le imputan. Esto se debe, principalmente a los principios propios del Derecho Penal de los que se nutre el proceso administrativo sancionador. Uno de ellos es la presunción de inocencia, que tiene una base constitucional prevista en el literal e), inciso 20 del artículo 2. Afirmar lo contrario implicaría ir en contra del principio de *indubio pro reo*¹⁶. En tal sentido, se distorsionaría el procedimiento administrativo sancionador con la aplicación de la rebeldía con sus efectos de presunción legal relativa de la verdad de los hechos denunciados, la cual es propia del Derecho Procesal Civil.

En cambio, en el procedimiento trilateral, sí se aplica la rebeldía, esto debido a que aquí la controversia gira en torno de intereses privados disponibles. De manera que si el reclamado calla, la autoridad asume como cierto lo alegado por el reclamante.

En los procedimientos trilaterales se aplica el silencio administrativo negativo, mientras que en los procedimientos sancionadores el silencio administrativo no está presente, toda vez que al no haber sido iniciados en ejercicio del derecho de petición administrativa por parte de un administrado, no hay quien alegue la aplicación del silencio administrativo (ni negativo, ni positivo).

Respecto de la condena de costas y costos, debe quedar claro que los dos procedimientos especiales bajo análisis comparten un rasgo en común: esta no existe en el procedimiento sancionador, pues no hay un denunciante en calidad de parte procesal.

Finalmente debemos analizar la figura de la prescripción. Al respecto, en los procedimientos sancionadores esta opera en función a la única relación jurídica existente entre el administrado y la Administración. De esta manera en aplicación del artículo 233° de la LPAG¹⁷, la autoridad tiene la facultad de determinar la existencia de

¹⁶ Aunque este principio es propio del Derecho Penal, OCHOA CARDICH sostiene que es perfectamente aplicable en el procedimiento administrativo sancionador. En: Límites de la potestad sancionadora del INDECOPI y las garantías del administrado en los procedimientos administrativos del Derecho de la Competencia, Ius et Veritas N° 13 p. 78.

¹⁷ Artículo 233.- Prescripción

233.1 La facultad de la autoridad para determinar la existencia de infracciones administrativas prescribe en el plazo que establezcan las leyes especiales, sin perjuicio de los plazos para la prescripción de las demás responsabilidades

infracciones administrativas, pero esta prescribe en el plazo establecido por leyes especiales o, en su defecto, cinco años desde que se cometió la infracción o desde que cesó si se tratara de una acción continuada.

III. El procedimiento seguido ante la CEB

Antes de poder clasificar el procedimiento que se inicia en la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (en adelante, CEB) para enmarcarlo en alguna de las categorías señaladas previamente, hay que conocer a profundidad sus características y finalidades. El proceso se define como un instrumento constituido por una serie de actos por el que se pretende la resolución de un conflicto previo, a través de la actuación de los órganos del Estado y de la Ley¹⁸.

Por supuesto, el proceso no puede entenderse como un fin en sí mismo; sino que es una herramienta puesta al servicio de la justicia que persigue una real y efectiva¹⁹. Así pues, corresponde determinar cuál es la finalidad que este procedimiento persigue. Para eso, en primer lugar definiremos el concepto de “barrera burocrática” y explicaremos la naturaleza de la CEB, así como los derechos y libertades protegidos por la Comisión y la metodología que esta aplica.

i. Concepto de “Barrera Burocrática”

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley N° 28996, denominada Ley de Eliminación de Sobrecostos y Trabas y Restricciones a la Inversión Privada, podemos definir a las Barreras Burocráticas como: “los actos o disposiciones de las Entidades de la Administración que establecen exigencias, requisitos, prohibiciones y/o cobros para la realización de actividades económicas, que afectan los principios y normas de simplificación administrativas contenidos en la Ley N° 27444 y que limitan la competitividad empresarial en el mercado”.

Debemos de señalar que ambos conceptos van de la mano y guardan relación con la aplicación del Principio de Simplicidad, establecido en el numeral 1.13 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, el mismo que dispone lo siguiente:

“Los trámites establecidos por la autoridad administrativa deberán ser sencillos, debiendo eliminarse toda complejidad innecesaria; es decir, los requisitos exigidos deberán ser racionales y proporcionales a los fines que se persigue cumplir”

que la infracción pudiera ameritar. En caso de no estar determinado, prescribirá en cinco años computados a partir de la fecha en que se cometió la infracción o desde que cesó, si fuera una acción continuada

¹⁸ MONTANER, Barbara (2015) “El proceso en las Ciencias Jurídicas” En: <https://www.derecho.com/c/Proceso> [Consultado el 4 de Octubre de 2017]

¹⁹ PRIORI, Giovanni (2016) “Quince años de la Ley del proceso contencioso administrativo: algunos aspectos de su regulación en el Perú” En: Themis N° 69

Las Barreras Burocráticas no son inherentemente malas, sino que muchas veces su imposición resulta ser necesaria y hasta deseable socialmente. Algunos de los casos de barreras burocráticas positivas son, por ejemplo: la obtención de la licencia de funcionamiento de manera previa a la apertura de un local comercial abierto al público o la obtención de un Certificado de Seguridad en Defensa Civil que certifique que tal local cuenta con todas las medidas de seguridad ante un eventual accidente o sismo.

Sin embargo, existen barreras burocráticas ilegales o irracionales (las cuales serán desarrolladas en páginas posteriores) cuya existencia es producto de una mala aplicación de la potestad administrativa por un organismo público. Estas terminan impidiéndole a los administrados el acceso o permanencia en el Mercado o propiciando su mal funcionamiento. Ante estas es que actúa la Comisión de Eliminación de Barreras burocráticas.

Tales medidas pueden materializarse o estar contenidas en disposiciones administrativas, en actos administrativos dirigidos a una persona natural o jurídica específica o en actuaciones materiales que aprueben, emitan o realicen las entidades como las municipalidades, los gobiernos regionales, los ministerios, entre otros entes estatales²⁰.

ii. Derechos y libertades vinculados al acceso al mercado

Lo antes señalado nos permite concluir que las barreras burocráticas ilegales e irracionales son perjudiciales porque afectan determinados derechos y libertades correspondientes a los administrados, como agentes del Mercado e impiden que este funcione adecuadamente.

En reiterada jurisprudencia²¹ el Tribunal Constitucional ha desarrollado el contenido esencial de las denominadas libertades económicas que integran el régimen económico de la Constitución de 1993 - libertad de empresa, libre competencia, libre iniciativa privada, principio de subsidiaridad.

En nuestro país, toda controversia surgida en torno a estas libertades deberá resolverse mediante la interpretación constitucional sustentada en los alcances del Estado social y democrático de derecho²² y la economía social de mercado²³.

En una economía social de mercado, el derecho a la libertad de empresa, junto con los derechos a la libre iniciativa privada, a la libertad de comercio, a la libertad de industria y a la libre competencia, son considerados como base del desarrollo económico y social

²⁰MEJÍA, Bruno (2013) "Impacto de las barreras burocráticas ilegales impuestas por las municipalidades en el otorgamiento de licencias de funcionamiento" Ediciones UNMSM p. 32

²¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 11 de Noviembre de 2003 recaída en el Expediente 0008-2003-AI/TC

²² Artículo 43° de la Constitución

²³ Artículo 58 de la Constitución

del país, y como garantía de una sociedad democrática y pluralista. Además, la Constitución en su artículo 60º reconoce el pluralismo económico, el cual está íntimamente relacionado con el Principio de Subsidiaridad. A continuación desarrollaremos estos elementos:

a) Libertad de empresa

Se refiere a la libertad económica en sentido amplio, que engloba la libertad de contratar, la libertad de realizar transacciones económicas, la libertad de acceso a la actividad y la libertad de ejercicio de esta²⁴. Ossenbühl señala que los ámbitos o aspectos esenciales de la libertad de empresa son los siguientes:

- Libertad de creación de empresas y acceso al Mercado
- Libertad de organización, de elección de nombre, de emplazamiento, de forma de organización y de composición de los órganos de dirección y,
- Libertad de dirección de producción, de inversión, de política comercial, de precios, de competencia leal y de contratación.

La libertad de empresa es fundamental en un régimen económico como el nuestro, pues le permite al particular hacer efectiva su intención de satisfacer las necesidades de los demás mediante la actividad empresarial y con un legítimo ánimo de lucro²⁵.

Por ende, constituyen limitaciones a la libertad de empresa aquellas regulaciones que restrinjan la libertad para realizar actividades propias de un empresario en relación con su empresa, considerando las limitaciones a este derecho que la ley establece²⁶.

b) Libre iniciativa privada

La libre iniciativa privada implica la constitucionalización de la autonomía privada en el ámbito económico. Esto significa que toda persona (natural o jurídica, con excepción del Estado) tiene el derecho de emprender y desarrollar, con autonomía plena, la

²⁴ Fundamento 25 de la Sentencia del Tribunal Constitucional del 11 de Noviembre de 2003 recaída en el Expediente 0008-2003-AI/TC

Fundamento 12 de la Sentencia del Tribunal Constitucional del 6 de Diciembre de 2006, recaída en el expediente N.º 01405-2010-PA/TC

Fundamento 7 de la Sentencia del Tribunal Constitucional del 20 de Marzo de 2011, recaída en el expediente N.º 02175-2011-PA/TC

²⁵ OSSENBUHL, Fritz (1991) "Las Libertades del empresario según la Ley Fundamental de Bonn" En: Revista Española de Derecho Constitucional N.º 32 pp. 9 y ss.

²⁶ Ídem.

actividad económica de su preferencia²⁷, afectando o destinando bienes a la producción y al intercambio económico en busca de una ganancia.

La Constitución impone al Estado la exigencia de implementar un sistema en el que el Mercado sea el mecanismo ordenador de la economía, respetando los derechos de propiedad privada, la libre competencia y el interés público. Es por esto que la libre iniciativa privada puede desarrollarse libremente siempre que no afecte los intereses generales de la comunidad, el ordenamiento jurídico interno, la Constitución y los Tratados internacionales de los que el Perú es parte.

c) Libre competencia

La competencia económica es la consecuencia natural de la libertad de empresa y forma parte esencial de esta²⁸. El artículo 58 de la Constitución Política del Perú reconoce a la libre competencia en el sentido de que la libre iniciativa privada se ejerce en una economía social de mercado, la cual no puede darse si el proceso por el cual empresas o proveedores compiten por abastecer la demanda de los consumidores fuera prohibido.

La libre competencia está basada en la libertad de decisión de los agentes que participan en el mercado y se basa fundamentalmente en la libertad tanto del consumidor, a quien no se debe privar de opciones para que elija libremente lo que mejor se adecue a sus necesidades, como del productor, quien debe tomar libremente sus decisiones empresariales²⁹.

d) Pluralismo económico y Principio de Subsidiariedad

El Tribunal Constitucional Peruano ha señalado que el pluralismo económico se ha desarrollado bajo el concepto de igualdad jurídica entre competidores y que constituye uno de los pilares del derecho de la competencia. Asimismo, ha indicado que este régimen de paridad al que se someten tanto las empresas públicas como las privadas es una garantía para el desenvolvimiento del tipo de Mercado establecido en la Constitución y la optimización de los valores que fundamentan el Estado democrático de derecho³⁰.

²⁷ Fundamento 17 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 11 de Noviembre de 2003 recaída en el Expediente 0008-2003-AI/TC

²⁸ MARTIN, Richard (2010) "Balance y perspectiva del régimen de la iniciativa privada en el Perú" En: DONANTE MONTESINOS, Christian. "Constitución Económica y Empresa en el Perú" Lima: Fondo editorial de la UPC p. 23

²⁹ Fundamento 16 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 23 de Enero de 2005 recaída en el Expediente 3315-2004-AA/TC

³⁰ Fundamento 25 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 11 de Noviembre de 2003 recaída en el Expediente 3315-2004-AA/TC recaída en el Expediente 0008-2003-AI/TC

Lo anterior implica que la actuación del Estado en materia empresarial sea eficiente y compita sin preferencias, en los supuestos excepcionales en que puede hacerlo, razón por la cual, la actividad pública y privada deben recibir el mismo tratamiento³¹.

De otro lado, el principio de subsidiariedad significa que solo en caso de que la actividad privada no estuviese presente o que el mercado no pudiera satisfacer necesidades esenciales, puede autorizársele al Estado mediante ley a intervenir directamente como empresario³².

iii. ¿Qué es la Comisión de Eliminación de barreras burocráticas?

Este es “un órgano colegiado del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) cuya misión es aplicar las leyes que regulan el control posterior y la eliminación de barreras burocráticas ilegales o carentes de razonabilidad”³³. En otras palabras, resguarda los derechos y libertades ligados al acceso al Mercado a través de la eliminación de barreras burocráticas ilegales o irracionales empleando como herramienta un proceso sometido a normas.

La Comisión es el órgano del Estado encargado de conocer los actos, disposiciones, y cualquier otra modalidad de actuación³⁴, de las entidades de la administración pública, de cualquier nivel de gobierno (nacional, regional o local), con el fin de determinar si imponen barreras burocráticas ilegales o carentes de razonabilidad para el desarrollo de actividades económicas y, de ser el caso, para propender a su eliminación.

En ese sentido, la Comisión es competente para supervisar el cumplimiento de las leyes destinadas a promover la iniciativa privada, la inversión en materia de servicios públicos y la simplificación administrativa, como son el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General³⁵ (en adelante, TUO de la Ley N° 27444), el Decreto Legislativo N° 75³⁶, la Ley Marco de Licencia de Funcionamiento³⁷, la Ley para la Expansión de Infraestructura en Telecomunicaciones, Ley de regulación de habilitaciones urbanas y de edificaciones³⁸ el Decreto Legislativo N° 10148, así como sus correspondientes normas complementarias y conexas.

iv. Metodología aplicada por la CEB

³¹ OCHOA, César (1995) “Bases Fundamentales de la Constitución Económica de la Constitución Política de 1993” En: “La Constitución de 1993, Análisis y comentarios” Lima: Comisión Andina de Juristas pp. 85 y 86

³² GUZMÁN NAPURI (2015) La Constitución Política: Un Análisis funcional. Lima: Gaceta Jurídica p. 376 y 398

³³ Manual de Prevención y eliminación de barreras burocráticas de Indecopi (2017) p. 14

³⁴ Decreto Legislativo N° 1212, publicado en el diario oficial El Peruano el 24 de setiembre de 2015. A través de la citada norma se ampliaron las facultades de la Comisión para conocer barreras burocráticas, no solo en actos y disposiciones de la administración pública sino también a través de sus actuaciones

³⁵ Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, publicado en el diario oficial El Peruano el 20 de marzo de 2017

³⁶ Decreto Legislativo N° 757, dictan Ley Marco para el crecimiento de la Inversión Privada, publicado en el diario oficial El Peruano el 13 de noviembre de 2007.

³⁷ Ley N° 29022, publicada en el diario oficial El Peruano el 20 de mayo de 2007.

³⁸ Ley N° 29090, publicada en el diario oficial El Peruano el 25 de setiembre de 2007.

Hay que señalar que la necesidad de entender cuando estamos frente a una barrera burocrática ilegal y carente de razonabilidad es producto de un precedente de observancia obligatoria. Es así que según lo afirmado por el precedente contenido en la Resolución N° 182-1997/TDC³⁹ se establece una metodología para evaluar las barreras burocráticas. Esta consiste en un examen de legalidad y n posterior examen de razonabilidad.

a) Examen de Legalidad

La finalidad de esta evaluación es determinar si la barrera burocrática objeto de análisis ha respetado las formalidades y procedimientos establecidos por las normas aplicables al caso concreto y, asimismo, si se encuadra dentro de las atribuciones y competencias conferidas a la autoridad correspondiente⁴⁰.

De este modo, cuando nos encontremos frente a barreras burocráticas, en tanto estas exigencias no respeten las formalidades y los procedimientos establecidos o excedan la competencia de la autoridad que las emitió estaremos hablando de una barrera burocrática ilegal.

Con relación a la metodología planteada por el precedente tenemos que se evalúan las razones de forma y de fondo.

- **Razones de forma:** se analizan los casos en los que no se cumplió con los procedimientos requeridos para la aprobación de la medida en cuestión o no se utiliza el instrumento legal idóneo.
- **Razones de fondo:** se enfoca tratando la competencia, respecto a si la barrera impuesta por la Entidad cuestionada carece de competencia o contraviene una norma legal imperativa.

b) Evaluación de Razonabilidad

Una barrera burocrática es irracional cuando su objeto o finalidad, o las exigencias que de ella se deriven, sean contrarias a las prácticas y principios de orden lógico, razonable y proporcional, que deben regir en el marco de una Economía Social de Mercado; ya sea

³⁹ Resolución N° 182-97-TDC, publicada el 20 de agosto de 1997 en el Diario Oficial “El Peruano”, en cuyo flujograma se señala como precedente metodológico que, si luego de efectuar el análisis de legalidad, éste no es satisfactorio, la Comisión debe declarar fundada la denuncia. Sólo en el caso que la barrera cuestionada supere el análisis de legalidad la Comisión debe continuar con el análisis de racionalidad.

⁴⁰ Ídem

porque establece tratamientos discriminatorios, porque carece de fundamentos o porque resulta excesiva en relación a sus fines⁴¹.

Como podemos ver, no se trata de medidas que incumplan con las formalidades o que no respeten el principio de legalidad, sino de que dichas medidas no se encuentran justificadas en el interés público o son desproporcionales. En ese sentido, una medida puede ser perfectamente legal pero irracional. La evaluación deberá realizarse paso por paso: determinando si la medida es legal y posteriormente comprobar su razonabilidad.

Prosiguiendo con el análisis de razonabilidad, requisito que determina la proporcionalidad de la medida a evaluarse. Esta debe cumplir los siguientes requisitos secuenciales:

- debe estar justificada en el interés público,
- las cargas y restricciones deben ser proporcionales con los fines que se pretenden y
- no deben existir medidas menos gravosas que lleven al mismo o a un mejor resultado.

IV. La Naturaleza del procedimiento a la luz de la normativa nacional

Habiendo entendido los alcances de los procedimientos administrativos (los que poseen características generales y aquellos a los que la LPAG califica como especiales-trilateral y sancionador) es que podemos responder a la pregunta siguiente: ¿cómo clasificamos el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas seguido ante Indecopi?

Responder esta pregunta implica analizar ciertas aristas incluidas en el procedimiento administrativo de eliminación de barreras burocráticas. Cuestiones como la naturaleza que tiene el administrado en el procedimiento, los efectos de la sentencia del órgano resolutor, la posibilidad de llegar a un acuerdo entre los implicados e incluso la misma finalidad del proceso deben considerarse para llegar a una conclusión. Es así que, a continuación se estudiarán los puntos señalados.

a) La Naturaleza jurídica del administrado

Aunque en este procedimiento es menester que el administrado acredite la afectación, mediante una barrera burocrática, de un legítimo derecho o interés para que Indecopi

⁴¹ MARAVÍ, Milagros (2013) Análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutorios. Indecopi, Lima p. 97

actúe; esto no significa que este pase a ser parte del procedimiento que se iniciará⁴²⁴³. Esto genera ciertas implicancias, por ejemplo, la imposibilidad del desistimiento del denunciante en la continuación del procedimiento, o la imposibilidad de que el citado denunciante pueda impugnar la resolución que no es emitida satisfaciendo su interés.

Lo señalado en el párrafo precedente nos permite señalar lógicamente que aquellos procedimientos administrativos, en los cuales existe un administrado como parte del proceso (es decir, no como simple denunciante), no son procedimientos generales sino más bien procedimientos trilaterales⁴⁴. En estos, dos o más administrados o un administrado y una entidad administrativa que posea las mismas prerrogativas que las de un administrado resuelven, frente a una entidad de la administración distinta, una controversia existente⁴⁵.

En un procedimiento trilateral, distinto del que aquí comentamos, el administrado interviene como parte activa del proceso, en defensa de un interés particular. Aunque a primera vista no existe una diferencia en ese sentido (punto sobre el que volveremos más adelante) si podemos ver que el rol del administrado en un procedimiento trilateral es mucho más activo y continuo.

En el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas el rol del denunciante concluye con la presentación de la denuncia, luego de la cual corresponde a la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas realizar el examen de admisibilidad y procedibilidad de la denuncia, tras eso se inicia el procedimiento de oficio y la entidad denunciada podrá presentar sus descargos o una prórroga. El administrado denunciante no vuelve a aparecer y es ajeno al proceso, solo advierte a la CED y esta es la que da inicio a este.

b) Sobre la Conclusión del proceso o la posibilidad de una solución conciliada

El procedimiento trilateral procura la resolución de una controversia surgida entre dos partes frente al órgano administrativo resolutor, por eso la administración debe favorecer y facilitar la solución conciliada de dicha controversia⁴⁶ para evitar que el conflicto continúe y eventualmente llegue al Poder Judicial. Aún así la resolución

⁴² Artículo 105 de la Ley N.º 27444.- Derecho a formular denuncias

105.1 Todo administrado está facultado para comunicar a la autoridad competente aquellos hechos que conociera, sin necesidad de sustentar la afectación inmediata de algún derecho o interés legítimo, ni que por esta actuación sea considerado sujeto del procedimiento.

⁴³ MORÓN URBINA, Juan Carlos (2016) Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, p. 529.

⁴⁴ GUZMÁN NAPURÍ, Christian (2013) Manual del Procedimiento Administrativo General. Pacífico Editores: Lima, p. 428

⁴⁵ Idem, p. 455

⁴⁶ Artículo 221º de la Ley N.º 27444.- Inicio del procedimiento

221.1 El procedimiento trilateral se inicia mediante la presentación de una reclamación o de oficio. **221.2 Durante el desarrollo del procedimiento trilateral la administración debe favorecer y facilitar la solución conciliada de la controversia.**

221.3 Una vez admitida a trámite la reclamación se pondrá en conocimiento del reclamado a fin de que éste presente su descargo.

emitida en un procedimiento administrativo trilateral, como toda resolución administrativa, es susceptible de ser impugnada judicialmente. Debido a esto no podemos decir que esta resolución ponga un fin definitivo al proceso; en cambio, los métodos alternativos de solución de conflictos sí lo hacen⁴⁷.

Un ejemplo claro de estos mecanismos en la práctica se da en los procedimientos (trilaterales) seguidos por organismos reguladores que supervisan a entidades privadas prestadoras de servicios públicos, a través de sus tribunales de resolución de controversias⁴⁸. Esto va de acuerdo al rol de dichos organismos de proteger a los usuarios y de resolver los conflictos que se generen entre ellos y los proveedores. El acuerdo resultante genera el mismo efecto de la cosa juzgada, concluyendo con la controversia.

Cuestión distinta es la que tenemos en los procedimientos de eliminación de barreras burocráticas, el cual solamente concluye con resolución final. Esta se entiende como el mecanismo normal de terminación del procedimiento administrativo⁴⁹, por lo cual lo natural es que generalmente todo procedimiento culmine con una resolución que resuelva la materia controvertida.

c) Finalidad u objetivos del procedimiento

Con respecto a lo que persigue el proceso, la diferencia entre el procedimiento trilateral y el de eliminación de barreras burocráticas radica en el interés de la Administración y el del administrado: En el primero entra en juego un exclusivo interés del administrado que interviene como parte procesal sobre una situación concreta que lo afecta. En el segundo caso vemos una barrera creada por una autoridad administrativa que afecta a varios particulares; aunque pueda pensarse que el administrado denunciante procura defender su propio interés, no se trata de un interés exclusivo que le afecta en una situación concreta: la barrera burocrática afecta usualmente a varios administrados como agentes económicos.

Por ende, en el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas la autoridad administrativa tiene interés en tanto busca la defensa del interés público. Es por eso que la autoridad administrativa tiene la obligación de promover el procedimiento de oficio y acreditar los hechos señalados por el denunciante en los cuales sustentará su análisis.

⁴⁷ MORÓN URBINA (2016), p. 655.

⁴⁸ DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge (2004), "Los organismos reguladores de los servicios públicos en el Perú", en Derecho administrativo, Asociación Peruana de Derecho Administrativo. Jurista Editores, Lima, p. 442.

⁴⁹ SANTOFIMIO, Jaime (2004), Tratado de derecho administrativo. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 124

En tal sentido, no puedo estar de acuerdo con el razonamiento llevado a cabo por la CEB en el expediente 0399-2014/CEB-INDECOPI⁵⁰. Aquí se menciona textualmente, en su fundamento 11 lo siguiente:

“Los procedimientos de identificación y eliminación de barreras burocráticas, cuya naturaleza trilateral responde a un interés eminentemente particular, la sustracción de la materia se producirá cuando en el transcurso del procedimiento, sin que se haya emitido pronunciamiento definitivo, la entidad elimina las restricciones cuestionadas a favor del denunciante, ocasionando que carezca de objeto ordenar la inaplicación al caso en concreto.”

En primer lugar no comparto la idea de que los procedimientos de eliminación de barreras burocráticas sean de naturaleza trilateral, como tampoco pienso que estos pretenden la defensa de un interés exclusivamente particular. Sin embargo hay que comprender que el caso bajo comentario ocurrió en 2014, hoy por hoy las recientes adiciones legislativas nos permiten llegar a una conclusión diametralmente opuesta.

A finales de 2016 se publicó una serie de decretos legislativos aprobados por el Gobierno para la prevención y eliminación de barreras burocráticas que injustificadamente encarecen, dificultan o impiden la actividad empresarial y la inversión. Entre los cuerpos normativos aprobados se encuentra la Ley Antibarreras Burocráticas (Decreto Legislativo N° 1256).

Esta ha establecido un supuesto en el que las resoluciones del Indecopi ya no sólo benefician a los empresarios o ciudadanos que cuestionan una barrera burocrática a través de una denuncia ante la referida institución (como era antes).

La novedad es que ahora, cuando una barrera burocrática sea declarada ilegal y haya sido impuesta por una disposición (por ejemplo mediante normas con rango administrativo como Decretos Supremos o Directivas, así como mediante ordenanzas municipales y regionales), el Indecopi podrá disponer su inaplicación al caso concreto, no sólo en favor de la empresa denunciante; sino también con efectos generales, en favor de todos los demás agentes económicos que se vean afectados por tal barrera burocrática⁵¹. Aun cuando la disposición que impone la barrera no se deroga con esta decisión del Indecopi, el efecto práctico es casi el mismo⁵².

⁵⁰ Se trata de un procedimiento iniciado por la Administración luego de la denuncia por parte de Nextel del Perú S.A. contra la Municipalidad distrital de Lurigancho- Chosica por la presunta aplicación de una barrera burocrática. El proceso llegó a su fin en 2014, mucho antes de que entrara en vigencia el nuevo paquete de Decretos Legislativos. Se requiere una lectura sistemática de estos para concluir que dichos decretos terminan por reconocer que el procedimiento en cuestión no es trilateral (como veremos en páginas siguientes).

⁵¹ Es interesante que el inciso 10 del artículo 3 reconozca la inaplicación con efectos generales “que beneficia a todos los agentes económicos y administrados afectados, real o potencialmente, por una barrera burocrática contenida en una disposición administrativa, en los supuestos regulados”

⁵² 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.

8.2. En estos procedimientos, la Comisión o la Sala, de ser el caso, puede emitir medidas correctivas, ordenar la devolución de las costas y costos e imponer sanciones, cuando corresponda, de acuerdo con lo dispuesto en la presente ley.

Entonces, lo que busca este procedimiento no es la mera satisfacción de un interés particular sino la protección de los derechos y libertades vinculados al mercado (libre competencia, libertad de empresa, pluralismo económico y libre iniciativa privada). Es justamente para proteger el principio de Legalidad que se ha extendido el efecto de la inaplicación de las barreras burocráticas y ahora esta beneficia a todos los agentes económicos que se encuentren en el mismo supuesto que el denunciante⁵³, quienes hasta antes de los cambios más recientes debían realizar denuncias separadas e individuales de las barreras que los afectaban para procurar la inaplicación de estas es cada uno de sus casos específicos.

La exposición de motivos del Decreto Legislativo 1256 sigue esta misma línea, pero deja en claro que no se trata de un análisis de constitucionalidad, sino de la verificación del cumplimiento del Principio de Legalidad⁵⁴.

Lo que tenemos aquí es un procedimiento nacido de las necesidades, pero esto no lo divorcia de los alcances de la LPAG. No es necesario “crear” nuevos procedimientos administrativos ni “híbridos” con las figuras ya existentes, lo que debemos hacer es atender a todas las aristas del procedimiento y solo así podremos reconocer su naturaleza.

V. Conclusiones

- Para poder clasificar a un procedimiento debemos distinguir cuáles son las partes en el proceso: mientras los procedimientos generales ponen a la Administración frente a otra parte procesal, los trilaterales enfrentan los interés de dos partes procesales frente a la Administración, quien resuelve el conflicto.
- En los procedimientos administrativos trilaterales, estos pueden concluir por un acuerdo entre las partes procesales (y la Administración está llamada a propiciar

8.3. La inaplicación con efectos generales opera a partir del día siguiente de publicado el extracto de la resolución emitida por la Comisión o la Sala, de ser el caso, en el diario oficial “El Peruano”. La orden de publicación será emitida por el Indecopi hasta el décimo día hábil después de notificada la resolución respectiva. Si con posterioridad, algún funcionario, servidor público o cualquier persona que ejerza función administrativa por delegación, bajo cualquier régimen laboral o contractual, en la entidad que fuera denunciada, aplica las barreras burocráticas declaradas ilegales en la resolución objeto de publicación, puede ser sancionado de acuerdo con lo establecido en el artículo 34 de la presente ley.

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.

8.5. En aquellos procedimientos en trámite, iniciados de parte hasta el día de la publicación a la que hace referencia el presente artículo y que versen sobre la misma barrera burocrática declarada ilegal inaplicada con efectos generales, la Comisión o la Sala, de ser el caso, resuelve el procedimiento en el mismo sentido y procederá conforme al numeral 8.2. cuando corresponda.

⁵³ Aquí hay que aclarar que al declarar la inaplicación con efectos generales de la barrera burocrática no se está excluyendo del ordenamiento jurídico, sino que se está reconociendo su inaplicación para todos los administrados (agentes económicos) que se encuentren en la misma posición que el denunciante.

⁵⁴ Exposición de Motivos de la Ley 1256, p. 7

dicho acuerdo); los demás usualmente requieren de un resolución final que le ponga fin.

- El procedimiento de eliminación de barreras burocráticas no enfrenta al administrado denunciante como parte procesal, sino que se inicia a pedido de este sin que vuelva a participar en el proceso.
- El acto administrativo que resulta al finalizar el procedimiento no es fruto de un análisis de constitucionalidad, sino de la aplicación de un control posterior para salvaguardar el principio de legalidad; por ende no sustrae a la barrera burocrática declarada ilegal del ordenamiento, sino que la inaplica a todos los administrados que se encuentren en la misma posición que el denunciante.
- En el procedimiento trilateral el interés público ocupa un rol complementario a los intereses privados en conflicto; mientras que en procedimiento de eliminación de barreras burocráticas los efectos de la sentencia final pueden afectar a numerosos agentes económicos (particulares) dentro del mercado.
- Por todo lo anterior no se puede considerar al procedimiento de eliminación de barreras burocráticas como un procedimiento trilateral.

