

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo

Análisis del Proyecto de Ley N° 4407-2018-CR “Proyecto de ley de eficiencia económica por simplificación y reducción de costos administrativos”

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

AUTOR

Yhonny Pasache Lévano

ASESOR:

Laura Francia Acuña

CÓDIGO DEL ALUMNO:

20131186

2020

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objetivo principal analizar las reformas legislativas planteadas por el Proyecto de Ley N° 4407-2018-CR, Proyecto de ley de eficiencia económica por simplificación y reducción de costos administrativos, presentado por un grupo de congresistas miembros de la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera del Congreso de la República el pasado 30 de mayo de 2019. Al respecto, el Proyecto de Ley antes mencionado sugiere dos modificaciones normativas al artículo 8 del Decreto Legislativo N° 1256, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas, referido a la inaplicación con efectos generales: (i) la inaplicación con efectos generales de barreras burocráticas declaradas ilegales y contenidas en actuaciones materiales y (ii) la extensión del mandato de inaplicación con efectos generales de barreras burocráticas ilegales materializadas en disposiciones administrativas a todas las entidades de la Administración Pública a nivel nacional. Sobre el particular, luego de un análisis profundo de las mismas, coincidimos con la primera de las reformas toda vez que existen tipos de actuaciones materiales que producen efectos jurídicos generales y que, en consecuencia, pueden ser inaplicadas con efectos generales mientras que, respecto de la segunda reforma, consideramos que la ampliación no debe postularse para el universo de entidades sino tan solo para las municipalidades ya que son éstas las que motivaron la presentación del Proyecto de Ley.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	4
2. PRIMER CAPÍTULO: MARCO LEGAL DE LAS BARRERAS BUROCRÁTICAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO	5
2.1. Sobre el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI y la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas.....	5
2.2. El concepto de barrera burocrática en el Perú.....	16
2.3. Legislación actual: El Decreto Legislativo N° 1256 “Ley Antibarreras”	24
3. SEGUNDO CAPÍTULO: ANÁLISIS LEGAL DEL PROYECTO DE LEY N° 4407-2018-CR, “PROYECTO DE LEY DE EFICIENCIA ECONÓMICA POR SIMPLIFICACIÓN Y REDUCCIÓN DE COSTOS ADMINISTRATIVOS”	31
3.1. Sobre el Proyecto de Ley N° 4407-2018-CR	32
3.2. Primera modificación: Sobre la inaplicación con efectos generales de barreras burocráticas declaradas ilegales contenidas en actuaciones materiales	36
3.3. Segunda modificación: Sobre la extensión del mandato de inaplicación con efectos generales de barreras burocráticas ilegales materializadas en disposiciones administrativas a todas las entidades de la Administración Pública a nivel nacional.	54
4. CONCLUSIONES.....	64
5. BIBLIOGRAFÍA.....	66

1. INTRODUCCIÓN

El 08 de diciembre de 2016, con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1256, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas, el INDECOPI adquirió nuevas potestades en materia de eliminación de barreras burocráticas. Una de las facultades más resaltantes fue la de inaplicar con efectos generales barreras burocráticas declaradas ilegales contenidas en disposiciones administrativas.

Posteriormente, con fecha 20 de mayo de 2019, un grupo de congresistas miembros de la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera del Congreso de la República presentaron el Proyecto de Ley N° 4407-2018-CR, Proyecto de ley de eficiencia económica por simplificación y reducción de costos administrativos, el mismo que sugiere modificar el Decreto Legislativo N° 1256.

En ese sentido, el Proyecto de Ley en mención plantea no solo inaplicación con efectos generales de barreras burocráticas contenidas en actuaciones materiales sino también la extensión del mandato de inaplicación con efectos generales de barreras burocráticas declaradas ilegales y materializadas en disposiciones administrativas a todas las entidades de la Administración Pública a nivel nacional.

Siendo lo anterior, son dichas reformas legislativas las que serán materia de análisis en el presente trabajo. Así, en el primer capítulo se abordará el marco normativo de las barreras burocráticas en el ordenamiento jurídico peruano con especial énfasis en la facultad de inaplicación con efectos generales de barreras burocráticas.

Por otro lado, en el segundo capítulo se analizarán los cambios normativos propuestos por el Proyecto de Ley N° 4407-2018-CR con el objetivo de corroborar si los mismos cuentan con el sustento legal necesario para poder ser implementados. Finalmente, luego del análisis, expondremos nuestras conclusiones para verificar si coincidimos o no con el Proyecto de Ley.

2. PRIMER CAPÍTULO: MARCO LEGAL DE LAS BARRERAS BUROCRÁTICAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

El presente capítulo tiene por objetivo identificar el marco jurídico actual en materia de barreras burocráticas que rige en nuestro país. En ese sentido, partiremos realizando un breve recuento del contexto histórico y el proceso de creación del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, “INDECOPI”), así como de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (en adelante, la “CEB”).

Posteriormente, nos centraremos en la evolución del concepto de barreras burocráticas en el ordenamiento legal peruano, es decir, realizaremos un examen del tratamiento que se le ha dado a dicho término desde el punto de vista legal en el Perú y finalmente, para culminar el primer capítulo, analizaremos la normativa vigente en materia de barreras burocráticas, es decir, el Decreto Legislativo N° 1256 (en adelante, la “DL 1256”).

2.1. Sobre el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI y la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas

De forma tradicional se ha entendido por mercado al lugar al cual compradores y vendedores acuden para realizar operaciones comerciales respecto de productos; sin embargo, con el paso de los años, dicho concepto ha evolucionado de manera tal que ya no se le relaciona con un espacio geográfico en específico. Hoy en día se entiende por él al conjunto de transacciones de intercambio de bienes y servicios entre personas naturales y jurídicas.

De esta manera, el mercado se encuentra conformado no solo por los bienes y servicios que son objeto de oferta y demanda, sino también por las personas naturales o jurídicas productoras y vendedoras de los mismos, así como por las personas naturales o jurídicas compradoras o consumidoras de aquellos.

Ahora bien, la apertura de un mercado implica una doble acepción. Por un lado, comprende la libre entrada al mercado de los agentes económicos sin barreras o trabas

de acceso a la misma que limiten a los competidores. Por otro lado, también supone la libre salida del mercado, es decir, la posibilidad de que el empresario pueda retirarse en el momento que lo considere pertinente sin que existan motivos que se lo impidan. Como se puede comprobar, lo que se desea lograr es un mercado en el cual los agentes económicos puedan actuar con total libertad.

En concordancia con lo anterior, a los agentes económicos que forman parte del mercado les asiste el derecho de acceso al mercado. Este derecho, del cual son titulares tanto personas naturales como jurídicas, consiste en la facultad de acceder a cualquier actividad empresarial en los sectores económicos existentes y poder ofrecer en él sus bienes y servicios, esto es, la capacidad para participar como proveedores de bienes y servicios.

Sin embargo, dicho acceso al mercado puede verse muchas veces afectado por ciertos obstáculos o inconvenientes que no permiten la libre concurrencia de empresas en él. Éstas son catalogadas como barreras de entrada al mercado y consisten en aquellos impedimentos y dificultades que tienen los potenciales ingresantes a un mercado para acceder a él y competir con otros agentes económicos.

Las barreras de acceso al mercado pueden ser de distintos tipos. Así, se entiende por barreras naturales de entrada al mercado a aquellas que surgen debido a las características tecnológicas de la industria, es decir, se tratan de impedimentos que surgen de las propias características o condiciones del sector o industria. Frente a este tipo de barreras nada se puede hacer pues, tal y como lo indica su nombre, son propias del mercado.

Tal fue el caso de Blockbuster LLC, una empresa fundada a mediados de la década de los 80 por David Cook quien detectó un nicho de negocio por explotar en la industria del alquiler de películas, primero en VHS y luego en DVD. Así, Blockbuster Video inauguró su primer establecimiento comercial en 1985, superó los 1000 locales en 1989 e inició su expansión internacional en 1990.

Lamentablemente, a inicios del siglo XXI el negocio se volvió insostenible debido al avance de la tecnología en el sector. El formato físico de las películas se volvió

obsoleto frente a la aparición de nuevas formas de consumo tales como la televisión por cable o el sistema de alquiler on-line utilizado por Netflix. Esto generó que Blockbuster se declare en quiebra y desaparezca gradualmente del mercado.

Un segundo tipo de barreras de acceso al mercado son las barreras estratégicas. Este patrón de barreras son aquellas impuestas por las propias empresas competidoras del mercado quienes, a través de acciones estratégicas, buscan mantener una posición de dominio en el mercado y afectar la competencia. Son ejemplo de barreras estratégicas el control de recursos esenciales, las decisiones de capacidad y localización, así como el aumento de costos de cambio.

Un caso sobre barreras estratégicas de acceso al mercado se presentó hace algunos años en nuestro país en la industria cervecera. A inicios de 1970, el Comité de Fabricantes de Cerveza (en adelante, el “CFC”), conformado por las tres empresas productoras de cerveza más grandes del país, acordó estandarizar la forma y el tamaño de las botellas de licor con la finalidad de fomentar su consumo. “A través de este sistema el consumidor podía adquirir marcas de cerveza distintas con una misma botella, sin tener que pagar por un nuevo envase cada vez que desee probar una marca distinta” (Fernández-Baca 2006: 186).

Dicho acuerdo cobró eficacia hasta el momento en que las tres empresas fueron adquiridas por Backus. Este último adoptó una posición dominante en el mercado y tuvo bajo control la producción local; sin embargo, la misma se vio amenazada en el 2003 cuando AmBev decidió ingresar al mercado peruano. Esta nueva empresa solicitó su ingreso al CFC, lo cual implicaba la reactivación del acuerdo antes mencionado y, en consecuencia, la adquisición automática del derecho a utilizar las botellas estandarizadas.

La respuesta de Backus fue negativa. En un primer momento, alegó la falta de una planta de fabricación de AmBev en el Perú y luego, cuando AmBev inició su construcción, Backus intentó inscribir a su nombre el diseño de las botellas en el Registro de Signos Distintivos del INDECOPI. Dicha controversia llegó a su fin con la emisión de la Resolución N° 1326-2005-SDC, la misma que denegó el registro del envase solicitado.

A diferencia de las barreras naturales, cuya supresión es inviable debido a su naturaleza inherente al mercado, en el caso de las barreras estratégicas si es posible su eliminación debido a que las mismas no son propias del mercado y, por el contrario, han sido impuestas por un tercero.

En el caso peruano, se identificaron prácticas similares que afectaban la libre competencia motivo por el cual se tomó la decisión de reformar el marco normativo y establecer nuevas instituciones públicas que eviten que los monopolios privados abusen de su posición de dominio en el mercado.

De esa manera, se crearon en el Perú los siguientes organismos reguladores: (i) la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento – SUNASS; (ii) el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL; (iii) el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN; y, (iv) el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN.

Adicionalmente, como parte del nuevo régimen jurídico instaurado en el Perú, se consideró oportuno crear una institución que vele por la libre y leal competencia en el mercado, así como que se encargue de proteger los derechos intelectuales y de los consumidores. Es por ello que, con fecha 24 de noviembre de 1992, a través del Decreto Ley N° 25868¹, se creó el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual– INDECOPI.

El INDECOPI es un organismo público especializado con personería jurídica de derecho público interno que goza de autonomía funcional, técnica, económica, presupuestal y administrativa. Inicialmente fue considerado como organismo dependiente del Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones

¹ Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI.

Comerciales Internacionales; sin embargo, posteriormente, fue adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros².

De acuerdo al artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1033³, el INDECOPI tiene por funciones las siguientes:

Artículo 2.- Funciones del INDECOPI

2.1. El INDECOPI es el organismo autónomo encargado de:

- a) Vigilar la libre iniciativa privada y la libertad de empresa mediante el control posterior y eliminación de las barreras burocráticas ilegales e irracionales [...]
- b) Defender la libre y leal competencia, sancionando las conductas anticompetitivas y desleales [...]
- c) Corregir las distorsiones en el mercado provocadas por [...] prácticas de dumping y subsidios.
- d) Proteger los derechos de los consumidores [...]
- e) Vigilar el proceso de facilitación del comercio exterior mediante la eliminación de barreras comerciales no arancelarias [...]
- f) Proteger el crédito mediante la conducción de un sistema concursal [...]
- h) Administrar el sistema de otorgamiento y protección de los derechos de propiedad intelectual [...]

De lo anterior se puede colegir que al INDECOPI se le ha confiado la preservación de distintos mandatos constitucionales por lo que coincidimos con Lindley-Russo cuando afirma que “el INDECOPI es es el organismo administrativo que se encarga de tutelar casi todo el régimen constitucional económico, que se inicia en el artículo 58 y finaliza en el 65 de nuestra Constitución” (2013: 468).

En ese mismo orden de ideas, para cumplir con las competencias previamente asignadas, el INDECOPI ha sido estructurado de la siguiente manera: (i) Consejo Directivo, órgano máximo de la institución; (ii) Órgano Consultivo, órgano de consulta de la entidad; (iii) Órgano de Control Institucional, encargado de vigilar la gestión económica y financiera del organismo; y, (iv) Órganos Resolutivos, compuestos por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la

² Dicho cambio fue efectuado en concordancia con lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1033, Decreto Legislativo que aprueba la ley de organización y funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI.

³ Decreto Legislativo que aprueba la ley de organización y funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI.

Propiedad Intelectual, las Comisiones del área de Competencia, las Direcciones del área de Propiedad Intelectual y las Secretarías Técnicas.

Por otro lado, es importante resaltar que, de manera errada, se ha caracterizado al INDECOPI como un organismo regulador; sin embargo, ello no es así puesto que este organismo técnico especializado es en realidad una agencia de la competencia. Alfredo Bullard enfatiza en la diferencia de ambos términos y manifiesta lo siguiente:

[...] **una agencia de la competencia debe partir en confiar en la competencia, y su intervención es residual** ante la constatación que algo en el proceso está fallando. Pero dicha intervención no se orienta a sustituir el mercado, sino a fortalecer el proceso competitivo.

En cambio, **un organismo regulador parte de la premisa de que no puede confiar en una competencia que no existirá o que será incapaz de arrojar resultados positivos** por limitaciones que son intrínsecas al proceso. Así no se puede preservar un proceso que no existe. **Ante ello hay que proyectar el resultado del proceso y ello se hace con las regulaciones que dictan cómo serán los productos y servicios resultantes** [el subrayado y destacado es mío] (2001: 257).

Estando a ello, podemos concluir que el INDECOPI es la institución pública responsable de la defensa de la libre y leal competencia, así como de la protección de la propiedad intelectual. En ese sentido, se trata de una agencia de la competencia en tanto ostenta atribuciones y funciones dirigidas a proteger y consolidar la competencia y la competitividad mas no orientadas a sustituir dicho proceso.

Ahora bien, un tercer tipo de barreras de acceso al mercado son las barreras legales, aquellas impuestas a través de un cuerpo normativo determinado que dificultan la entrada de nuevos agentes económicos al mercado. En contraste con las barreras antes aludidas, este tipo de impedimentos son establecidos por el propio Estado. Son ejemplos de este tipo las licencias municipales, las exigencias de determinados trámites administrativos, entre otros.

Hernando de Soto, por ejemplo, en su obra “El otro sendero” identificó que este tipo de barreras dio lugar al surgimiento de problemas tales como la economía informal. Esta dificultad alude a aquellos empresarios y comerciantes cuyas empresas y/o

negocios no se encuentran debidamente registrados, motivo por el cual no tributan ni pagan impuestos al Estado.

Sobre el particular, destaca que la informalidad no responde a un deseo propio de los vendedores sino a las múltiples trabas y dificultades que impone el propio Estado. Así lo demuestra el autor cuando narra la siguiente experiencia en su texto:

Para conocer de manera práctica el “costo de la legalidad” en el Perú, el Instituto Libertad y Democracia montó un ficticio taller de confecciones y tramitó , oficina tras oficina, su reconocimiento jurídico. Había decidido no pagar ningún soborno salvo en aquellas instancias en que, de no hacerlo, el trámite quedaría definitivamente interrumpido. De diez ocasiones en que los funcionarios se lo solicitaron, en dos se vio obligado a gratificarlos bajo mano. Registrar debidamente el supuesto taller demoró 289 días de gestiones que exigieron una dedicación casi exclusiva de los investigadores del Instituto empeñados en la simulación y una suma de 1,231 dólares (computando los gastos realizados y lo dejado de ganar en ese tiempo) que significaba 32 veces el sueldo mínimo vital. La conclusión del experimento: “legalizar” una pequeña industria, en estas condiciones, está fuera de las posibilidades de un hombre de recursos modestos, como comenzaron siéndolo todos los “informales” del Perú (De Soto 1987: XVIII-XIX).

Lo antes expuesto nos lleva a concluir que existen diversos requisitos ministeriales y municipales que en vez de promover la participación de la empresa privada, la alejan del mercado. Estas limitaciones, definidas legalmente como barreras burocráticas, no solo restringen el acceso al mercado a las empresas sino que además afectan a los ciudadanos o administrados. Por dicho motivo, se tuvo por conveniente crear una institución que apoye a contrarrestar toda actividad estatal que afecte la competencia.

Tomando en cuenta que el INDECOPI fue creado para promover y garantizar la competencia y la competitividad en el mercado y que la actividad estatal, específicamente las medidas impuestas por diversas entidades de la Administración Pública, afectaban dicha competencia, se consideró necesario otorgarle esta función a la agencia de la competencia (Maraví 2013: 54).

De esta manera se instauró en el Perú un sistema propio de eliminación de barreras burocráticas, el mismo que le fue encomendado a la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas, como órgano integrante del INDECOPI, para que vele por la

defensa de los derechos a la libre iniciativa privada, la libertad de empresa y el derecho de petición.

Nos explicamos. Por un lado, la Constitución Política de 1993 le reconoce a los ciudadanos un catálogo de derechos fundamentales algunos de los cuales están relacionados con la protección del desempeño de las actividades económicas en el mercado. Por ejemplo, el derecho a la libre iniciativa privada faculta a las personas a iniciar la actividad económica que deseen dentro de la economía social de mercado.

Por su parte, el derecho a la libertad de empresa le permite al ciudadano crear libremente la empresa que prefiera, organizarla de la manera que mejor le plazca, competir libremente en el mercado y poder determinar cuándo cesar sus actividades. Mientras que el derecho de petición no solo representa la potestad de formular pedidos a las entidades públicas sino que también obliga a estas últimas a responder las solicitudes de los administrados dentro del plazo legal establecido.

Por otro lado, el Estado también tiene el deber de garantizar la protección del interés público. Este concepto es definido, entre otras palabras, como aquello que beneficia a todos y su protección le corresponde a las entidades públicas quienes, en estricto cumplimiento de las facultades que le han sido atribuidas, se encuentran autorizadas a establecer un marco regulatorio que lo defienda.

Tal y como se puede comprobar, ambos intereses se confrontan. “Mientras que los agentes económicos pujan por un mayor espectro de libertades económicas, las entidades de la Administración Pública ponderan siempre en primer lugar el interés público. Esta interacción genera una constante tensión entre los agentes económicos y las entidades de la Administración Pública [...]” (Lindley-Russo 2013: 469). Es precisamente la búsqueda de dicho equilibrio la que ha dado lugar al procedimiento de eliminación de barreras burocráticas confiado a la CEB.

Cabe destacar que la CEB no siempre formó parte del INDECOPI. La estructura original de INDECOPI, según el Decreto Ley N° 25868, no contempló una Comisión encargada de supervisar las barreras burocráticas que afectan a los agentes del mercado, así como a los administrados. Inicialmente dicha tarea le fue asignada a la

Comisión de Simplificación de Acceso y Salida del Mercado (en adelante, “CSS”) mediante la publicación del Decreto Ley N° 26116⁴, tal y como se muestra a continuación:

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

[...]

TERCERA.- La Comisión de Simplificación del Acceso y Salida del Mercado a que se refiere el inciso g) del artículo 18 del Decreto Ley N° 25969, que forma parte del INDECOPI, tiene por objeto supervisar que no se impongan barreras burocráticas que impidan u obstaculicen el acceso o salida de las empresas de la actividad económica, velando por el cumplimiento de las disposiciones sobre simplificación administrativa contenidas en el Título IV del Decreto Legislativo N° 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, así como el cumplimiento de lo dispuesto en el presente Decreto Ley.

La Comisión a que se refiere la presente Disposición, podrá delegar sus funciones a las entidades con las cuales celebre convenios para el efecto, conforme lo establezca el Reglamento del presente Decreto Ley.

Así, de acuerdo a la normativa vigente en aquella época, la CSS tenía como función principal desplegar labores relacionadas al sistema concursal mientras que, como competencia accesorio, se le concedieron facultades para supervisar aquellas barreras burocráticas que restringen la entrada y salida del mercado de los agentes económicos, así como aquellas que son contrarias a las disposiciones sobre simplificación administrativa.

El profesor Francisco Ochoa manifiesta lo siguiente⁵ al respecto:

Sin perjuicio de la importancia de haber incorporado dentro del Indecopi a un órgano resolutorio que supervise barreras burocráticas, es evidente que la CSS tuvo una mayor especialización en materias de reestructuración empresarial y declaraciones de insolvencia que en tema de acceso al mercado. Inclusive, hasta 1996, los cobros municipales que constituían infracciones al artículo 61 de la Ley de Tributación Municipal eran evaluado por la Comisión Multisectorial de Libre Competencia del Indecopi (hoy Comisión de Defensa de la Libre Competencia) y no por la CSS (2014: 39-40).

⁴ Ley de Reestructuración Patrimonial.

⁵ Alfredo Bullard coincide con la posición de Francisco Ochoa cuando afirma que “las autoridades concursales no querían realmente aplicar esta disposición. Buscaban mil excusas, y terminaban por pasarle todos los expedientes a la Comisión de Libre Competencia[...]” (Guzmán y Núñez 2017: 272).

Esto último conllevó a la creación de un órgano especializado en la supervisión de barreras burocráticas al interior del INDECOPI. Así, con fecha 18 de abril de 1996, se publicó en el Diario Oficial El Peruano el Decreto Legislativo N° 807⁶, norma que modifica al Decreto Ley N° 25868 y que dispone una nueva estructura organizacional para la agencia de la competencia peruana.

Siendo ello así, la norma en mención ordena el fraccionamiento de la CSS en dos nuevas comisiones: la Comisión de Acceso al Mercado (en adelante, “CAM”) y la Comisión de Salida del Mercado. Así, la primera de ellas se ocuparía de las barreras burocráticas mientras que la segunda tendría por función hacerse responsable de la reestructuración empresarial.

De esta manera, según lo dispuesto en la nueva normativa emitida, la CAM quedó autorizada a eliminar barreras burocráticas ilegales y carentes de razonabilidad, así como a imponer sanciones y multas de hasta 5 Unidades Impositivas Tributarias (en adelante, “UIT”) a los funcionarios que apliquen la barrera burocrática declarada ilegal.

Sobre el particular, es importante resaltar que la potestad de “eliminar barreras burocráticas” que se le atribuyó en dicho momento a la CAM no fue del todo cierta puesto que este órgano del INDECOPI solo elevaba informes a las entidades públicas que habían impuesto barreras burocráticas para que sean ellas mismas quienes decidan eliminarlas.

Posteriormente, el 04 de abril de 2007, se promulgó la Ley N° 28996⁷, la misma que modificó la Ley N° 27444⁸. La norma en mención le devolvió a la CAM la potestad para inaplicar al caso en concreto las barreras burocráticas ilegales y/o irracionales materializadas en decretos supremos, resoluciones ministeriales, ordenanzas regionales y/o municipales, así como la facultad de notificar su decisión a la entidad que emitió la norma para que efectúe su modificación o derogación.

⁶ Facultades, normas y organización del INDECOPI.

⁷ Ley de eliminación de sobrecostos, trabas y restricciones a la inversión privada.

⁸ Ley del Procedimiento Administrativo General.

Es así como se le restituyeron a la CAM aquellas facultades que le habían sido despojadas años atrás cuando se le convirtió, en palabras de Sardón de Taboada, en una mera instancia de sugerencias (2014: 723). Esta nueva competencia permitió otorgarle al administrado una protección más rápida y eficaz frente a presuntas barreras burocráticas que lo afecten.

En cuanto a la facultad de inaplicar barreras burocráticas al caso en concreto, debemos acotar que la misma fue cuestionada por la Municipalidad Metropolitana de Lima, ante el Tribunal Constitucional, por estimar que representaba una potestad exorbitante y que vulneraba la autonomía municipal.

El Tribunal Constitucional⁹, por su parte, declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad presentada y aclaró que la labor ejercida por la CAM no debe ser confundida con el control constitucional de derechos, específicamente con la figura del control difuso. El máximo intérprete de la Constitución afirmó que cuando se inaplica una disposición administrativa, no se declara su inconstitucionalidad sino que, por el contrario, se determina su ilegalidad. Ello ha sido confirmado en la sentencia recaída en el Expediente N° 00014-2009-PI/TC:

Sin perjuicio de lo anotado, **en este caso este Colegiado debe puntualizar, a partir de lo expresado en los fundamentos anteriores, que la CEB cuando “inaplica” una ordenanza, formalmente no alega su inconstitucionalidad sino su ilegalidad.** Por ejemplo, cuando en un procedimiento administrativo se detecta que una ordenanza es contraria a normas como el Decreto Legislativo N° 757 (Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada), Ley N° 27444, Ley N° 28976 (Ley Marco de licencia de funcionamiento) e inclusive la Ley N° 27972 (Ley Orgánica de Municipalidades), la CEB resuelve tal antinomia en virtud del principio de competencia excluyente “aplicable cuando un órgano con facultades legislativas regula un ámbito material de validez, el cual, por mandato expreso de la Constitución o una ley orgánica, comprende única y exclusivamente a dicho ente legisferante” [0047-2004-AI/TC, fund. 54,e]. Como se observa, **la situación generada se resuelve a partir de determinar que se trata de una antinomia entre dos normas del mismo rango como pueden ser las leyes formales y las ordenanzas regionales y municipales. Su resolución descansa por consiguiente en la aplicación de la norma legal aplicable al caso concreto en virtud de competencias repartidas y no en virtud a un análisis de jerarquía entre ordenanza (regional o local) y la Constitución** [el subrayado y destacado es mío] (2010: 10).

⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional (STC), Expediente N° 00014-2009-PI/TC, de 25 de agosto de 2010.

Finalmente, la CAM conservó su denominación original hasta el 2008, año en que se expidió el Decreto Legislativo N° 1033. Este dispositivo legal fue emitido con la finalidad de efectuar modificaciones a la estructura orgánica del INDECOPI ya que era necesario dotarlo de mayor efectividad y eficacia en su acción, así como de facilitar el acceso de los usuarios a los servicios que presta y a los procedimientos que tramita.

En ese sentido, como parte de ese proceso de fortalecimiento institucional, se optó por cambiar el título de CAM por el de CEB y encargarle a este nuevo órgano la aplicación de las leyes que regulan el control posterior y eliminación de las barreras burocráticas ilegales o carentes de razonabilidad que afectan a los ciudadanos y empresas, así como velar por el cumplimiento de las normas y principios que garantizan la simplificación administrativa.

Por todo lo expuesto de manera previa, podemos concluir que

[...] lo que se busca con el ejercicio de la competencia de **la CEB es facilitar el intercambio de bienes y servicios entre los individuos que participan del proceso económico identificando aquellas [...] barreras burocráticas que impiden u obstaculicen su concurrencia en el mercado** en perjuicio de los consumidores al restárseles opciones competitivas para satisfacer sus necesidades [el subrayado y destacado es mío] (Rizo Patrón Larrabure y Ochoa Mendoza 2010: 19).

2.2. El concepto de barrera burocrática en el Perú

De acuerdo con lo expresado en el acápite anterior, la CEB fue creada con la finalidad de proteger el derecho a la libre iniciativa privada, la libertad de empresa y el derecho de petición a través de la identificación y eliminación de barreras burocráticas. Así lo dispone el artículo 23 del Decreto Legislativo N° 1033:

Artículo 23.- De la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas

Corresponde a la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas aplicar las leyes que regulan el control posterior y eliminación de las barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad que afectan a los ciudadanos y empresas, y velar por el cumplimiento de las normas y principios

que garantizan la simplificación administrativa, así como de aquellas que complementen o sustituyan a las anteriores.

Pero ¿qué se entiende por “barreras burocráticas”? De manera preliminar quisiéramos acotar que dicho término ha sido caracterizado de manera peyorativa por nuestra sociedad; sin embargo, debemos tener en cuenta que el mismo no es sino el resultado del ejercicio de la función administrativa por parte del Estado peruano a través de la imposición de determinadas reglas que rijan la conducta de los agentes económicos en el mercado o el de los administrados al momento de realizar trámites.

Nos explicamos. Determinadas actividades desarrolladas por agentes privados suelen tener especial incidencia sobre el interés público, motivo por el cual es indispensable controlarlas. En ese sentido, la Administración Pública, a través de la actividad de policía, queda autorizada a establecer un conjunto de limitaciones que ordenen, organicen o dirijan la actividad de los particulares.

Sin embargo, debemos tener en cuenta que “durante el ejercicio de las potestades otorgadas a las entidades de la Administración Pública para proteger el `interés público´ [...] debe existir un balance para que dicha invocación a la referida protección no sea motivo para *regular por regular* [...]” (Luna Negrón 2019: 15).

En ese sentido, coincidimos con lo expresado por el profesor Francisco Ochoa en su artículo “Fundamentos del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas” cuando sostiene que:

Exigir la eliminación de toda regulación administrativa implicaría pedir que las entidades públicas renuncien a una función para la cual han sido creadas. Sin embargo, debido a que esta función administrativa-regulatoria afecta necesariamente las libertades económicas y de petición, los ciudadanos y empresarios tienen el derecho de exigir al Estado que el nivel de afectación sea el <<estrictamente necesario>>. Ello implica que las barreras burocráticas no pueden exceder: (i) el mandato y margen de acción que las leyes nacionales han conferido a las entidades administrativas (evaluación de legalidad), y (ii) la razón de ser o lógica del mandato (evaluación de razonabilidad) (2014: 16).

De lo anterior podemos deducir que las barreras burocráticas no son perjudiciales en su totalidad sino que solo lo serán aquellas que sean declaradas ilegales y/o carentes de razonabilidad de acuerdo a la metodología establecida por nuestro ordenamiento jurídico. Este es el origen de las barreras burocráticas cuya evolución será desarrollada a continuación.

Tal y como se indicó en la sección preliminar, el INDECOPI, en un inicio, fue instaurado sin contar, dentro de su estructura orgánica, con una comisión dedicada de forma exclusiva a identificar y eliminar barreras burocráticas. Esta es la razón por la cual, en el Decreto Ley N° 25868, no se hace ningún tipo de referencia a este término legal.

Posteriormente, en 1996, se expide el Decreto Legislativo N° 807, el cual dispone una serie de cambios relevantes dentro de la institución. Este dispositivo legal no solo autoriza la creación y el inicio de operaciones de la CAM, como órgano especializado en barreras burocráticas, sino que además determina los primeros componentes del término “barreras burocráticas” a pesar de no brindar una definición exacta del mismo.

El artículo 26 BIS incorporado por la citada norma dispone lo siguiente:

Artículo 26 BIS.- La Comisión de Acceso al Mercado es competente para conocer sobre los actos y disposiciones de las entidades de la Administración Pública, incluso del ámbito municipal o regional, que impongan barreras burocráticas que impidan u obstaculicen ilegal o irracionalmente el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado, en especial de las pequeñas empresas, y de velar por el cumplimiento de las disposiciones sobre la materia establecidas en los Decretos Legislativos N°s 283, 668, 757, el Artículo 61 del Decreto Legislativo N° 776 y la Ley N° 25035, en especial los principios generales de simplificación administrativa contenidos en su Artículo 2, así como las normas reglamentarias pertinentes. Ninguna otra entidad de la Administración Pública podrá arrogarse estas facultades. La Comisión, mediante resolución, podrá eliminar las barreras burocráticas a que se refiere este.

Del párrafo antecedente podemos colegir que, si bien no se define de manera precisa al término “barreras burocráticas”, si es posible identificar, cuando menos, tres de los elementos que lo conforman:

- En primer lugar, su forma de materialización. La norma dispone que las barreras burocráticas se concretan a través de actos y disposiciones.
- En segundo lugar, el agente emisor. El dispositivo legal decreta que las barreras burocráticas son expedidas por todas las entidades de la Administración Pública, incluyendo los gobiernos regionales y gobiernos locales.
- En tercer lugar, sus efectos. El instrumento normativo especifica que los mismos son: (i) impiden u obstaculizan el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado; e, (ii) impiden u obstaculizan el cumplimiento de los principios generales de simplificación administrativa.

No obstante lo anterior, consideramos que lo dispuesto en el artículo 26 BIS resulta insuficiente para delimitar el término legal “barreras burocráticas” ya que el mismo se limita a evocar las formas de materialización de las barreras burocráticas sin mencionar cuáles son sus tipos existentes. Este vacío conceptual fomentó que durante los próximos años, tanto la CAM como el Tribunal de Defensa de la Competencia, sumen esfuerzos, a través de sus resoluciones, para tratar de construir un concepto correctamente definido de barreras burocráticas.

El profesor Ochoa Mendoza indica al respecto que inicialmente los pronunciamientos expedidos por la institución en materia de barreras burocráticas estaban “vinculados en su mayor parte a exigencias y cobros que imponían las autoridades sobre las empresas para que estas pudieran obtener autorizaciones o siguieran prestando sus servicios” (2014: 17).

La exigencia de una autorización para la realización de eventos sociales, los pagos trimestrales por conceptos de licencia de funcionamiento, los desembolsos por concepto de autorización para la ejecución de obras en las vías públicas, así como la obligación de un carné sanitario para quienes brinden atención al público son algunas de las medidas que fueron declaradas barreras burocráticas por la CAM.

Luego, el órgano especializado en barreras burocráticas determinó que las mismas no se limitaban a obligaciones de hacer, como las exigencias y cobros, sino que también

podían estar conformadas por obligaciones de no hacer, como las prohibiciones. Así lo estableció en la Resolución N° 04-1997-CAM-Indecopi/EXP-000043, en la cual resolvió declarar como barrera burocrática la prohibición, impuesta por la Asamblea Nacional de Rectores, para que ciertas universidades puedan abrir sedes de postgrado.

Este trabajo continuo de la CAM por lograr esclarecer el término “barreras burocráticas” tuvo como consecuencia el desarrollo de una única definición adoptada de manera uniforme por la CAM¹⁰ y por el Tribunal de Defensa de la Competencia, la misma que se aprecia líneas siguientes:

[...] cuando los artículo 26 BIS del Decreto Ley N° 25868 y 48 de la Ley N° 27444 aluden al concepto de “barrera burocrática”, se refieren a la exigencia por parte de las entidades de la Administración Pública de requisitos, obligaciones y cobros, o al establecimientos de impedimentos o limitaciones en la actuación de los agentes económicos. En efecto, constituyen barreras burocráticas los actos o disposiciones de la Administración Pública que están destinados a regular las condiciones de producción, comercialización o distribución de bienes o la prestación de servicios de un determinado mercado o actividad económica [...] (2001: 7)

Hasta el momento, hemos podido constatar que el concepto de barrera burocrática no ha sido sino precisado de manera jurisprudencial, a través de las resoluciones emitidas por la CAM y el Tribunal de Defensa de la Competencia, mas no cuenta con una definición legal que vincule tanto a las autoridades como a los administrados.

Dicha situación cambió con la emisión de la Ley N° 28996 el 14 de abril del 2007. En este dispositivo legal, el legislador estableció, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, una definición legal para el término “barreras burocráticas”. El artículo 2 de la norma citada estipula lo siguiente:

Artículo 2.- Definición de barreras burocráticas

Constituyen barreras burocráticas los actos y disposiciones de las entidades de la Administración Pública que establecen exigencias, requisitos, prohibiciones y/o cobros para la realización de actividades económicas que afectan los principios y normas de simplificación administrativa contenidos en la Ley N° 27444 y que limitan la competitividad empresarial en el mercado.

¹⁰ Resolución N° 02-CAM-Indecopi/EXP-000067-2001. Posturas similares ha adoptado la CAM en resoluciones tales como la Resolución N° 03-CAM-Indecopi/EXP-000031-2002, Resolución N° 02-CAM-Indecopi/EXP-000011-2003, Resolución N° 0007-2004/CAM-Indecopi, Resolución N° 0038-2005/CAM-Indecopi y Resolución N° 0017-2006/CAM-Indecopi.

Sobre el particular, debemos recordar que esta nueva conceptualización no deroga lo dispuesto en el artículo 26 BIS por lo que el INDECOPI¹¹ terminó delimitando a las barreras burocráticas de la siguiente manera en sus resoluciones:

De acuerdo al artículo 26BIS del Decreto Ley 25868, concordado con el artículo 2 de la Ley 28996, **las barreras burocráticas se materializan en exigencias, requisitos, limitaciones, prohibiciones y/o cobros contenidos en actos o disposiciones emitidas por entidades de la Administración Pública que recaen en el desarrollo de actividades económicas o en la tramitación de procedimientos administrativos** [el subrayado y destacado es mío] (2012: 7).

Ahora bien, llegado a este punto de nuestro trabajo, estimamos conveniente referirnos también a las formas de materialización de barreras burocráticas establecidas por la norma, vale decir, los actos y las disposiciones emitidas por las entidades de la Administración Pública, ya que el desarrollo jurisprudencial de las mismas ha coadyuvado a una mejor delimitación de las barreras burocráticas en nuestro país.

Siendo lo anterior, para el caso de las disposiciones emitidas por las entidades de la Administración Pública, se ha considerado que las mismas son aquellas manifestaciones normativas, de efectos generales, producto del ejercicio de la función administrativa de las entidades públicas. Así, se ha entendido por función administrativa al “conjunto de decisiones y operaciones mediante las cuales se procura, dentro de las orientaciones generales trazadas por las políticas públicas y el gobierno a través de las normas legales, el estímulo, coordinación u orientación de actividades privadas para asegurar la satisfacción regular de las necesidades colectivas de seguridad y bienestar de los individuos” (Morón Urbina 2019: 29).

En ese sentido, la CEB decretó que es transcendental identificar cuando las entidades desarrollan tareas distintas a la función administrativa, como la función jurisdiccional o la función legislativa, ya que en estos últimos casos las barreras burocráticas impuestas no se encontrarán bajo su ámbito de competencia. Este criterio fue ratificado por la segunda instancia del INDECOPI¹², quien en la Resolución N° 1267-2012/SC1-INDECOPI expresó lo siguiente:

¹¹ Resolución N° 1267-2012/SC1-INDECOPI y Resolución N° 1459-2012/SC1-INDECOPI

¹² Pronunciamiento similar ha emitido la Sala en la Resolución N° 1459-2012/SC1-INDECOPI.

[...] **esta Sala considera que se encuentran excluidas del ámbito de competencia de la Comisión, aquellas barreras o condiciones que tengan origen en una ley del Congreso, un decreto legislativo o un decreto de urgencia ya que las mismas son impuestas por el Estado no en ejercicio de función administrativa sino en ejercicio de función legislativa.** En efecto para dichos supuestos, el ordenamiento jurídico ha dispuesto que se debe iniciar un proceso de inconstitucionalidad, conforme se dispone en el artículo 200 inciso 4 de la Constitución [el subrayado y destacado es mío] (2012: 8).

De esta manera, se puede observar que es pacífica la posición, tanto de la CEB como del Tribunal de Defensa de la Competencia, que reconoce que solo se encuentran bajo su ámbito de control aquellas exigencias, prohibiciones y/o cobros que tienen su origen en disposiciones administrativas emitidas por entidades de la Administración Pública.

Una realidad distinta se presentó para el caso de los actos emitidos por las entidades de la Administración Pública. Por un lado, la CEB¹³ consideraba que dicha forma de materialización debía ser entendida de manera estricta, es decir, que solo comprendía a los actos administrativos definidos como tal por la Ley N° 27444, tal y como se verifica líneas siguientes:

13. Así, **el marco legal vigente han delimitado la forma a través de la cual se materializan las barreras burocráticas que puede conocer esta Comisión, precisándose que éstas se imponen a través de “disposiciones o actos administrativos”, excluyendo a aquellas otras formas a través de las cuales se manifiesta la Administración Pública.**
14. La Ley del Procedimiento Administrativo General, **Ley N° 27444, define a los actos administrativos como las declaraciones unilaterales de las entidades destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta [...].**
15. Según DROMI, el *acto administrativo* es una declaración unilateral efectuada en el ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales de forma directa. Esto a diferencia del *reglamento administrativo* (o disposición administrativa), que es la declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos generales en forma directa.

¹³ Resolución N° 0033-2013/CEB-INDECOPI. Postura semejante adoptó la CEB en la Resolución N° 0254-2014/CEB-INDECOPI.

16. Por tanto, debe entenderse que **el ámbito de competencia de esta Comisión se circunscribe a aquellas restricciones para las actividades económicas que se efectivizan a través de manifestaciones unilaterales** en ejercicio del *ius imperium* del Estado, ya sea **con efectos particulares (como los actos administrativos)** o generales (como son las disposiciones administrativas) [el subrayado y destacado es mío] (2013: 7).

Por otro lado, el Tribunal de Defensa de la Competencia estimaba que la interpretación de la CEB era errónea pues, a su entender, la frase “actos emitidos por las entidades de la Administración Pública” era tan amplia que admitía incluso a las actuaciones materiales de los diversos organismos. Así lo expresó en la Resolución N° 1546-2013/SDC-INDECOPI:

22. En consecuencia, el primer filtro para evaluar si una exigencia, requisito, prohibición o cobro pueda ser considerado como una barrera burocrática consiste en determinar si dichas medidas se encuentran contenidas en un acto o disposición emitida por una entidad de la Administración Pública en ejercicio de una función administrativa, como **por ejemplo, alguna exigencia impuesta por una municipalidad a través de un acto administrativo y/o una actuación material (acto)** o los requisitos exigidos por un ministerio aprobados a través de un Decreto Supremo (disposición) [el subrayado y destacado es mío] (2013: 10).

En esa misma línea se volvió a pronunciar la segunda instancia del INDECOPI en la Resolución N° 038-2015/SDC-INDECOPI:

27. Adicionalmente es preciso señalar que la Sala en anteriores oportunidades, ha señalado que el concepto de “acto” establecido en los artículos antes mencionados, no debe ser entendido de manera estricta como una referencia únicamente a un “acto administrativo” sino como **cualquier actuación de la Administración Pública, en ejercicio de la función administrativa, que contenga una exigencia, requisitos, prohibición y/o cobro que sea oponible al administrado y que le impida acceder o permanecer en el mercado** [el subrayado y destacado es mío] (2015: 11).

Cabe destacar que esta discrepancia fue superada, de forma posterior, con la publicación del Decreto Legislativo N° 1212¹⁴. Este instrumento legal amplía las formas de materialización de las barreras burocráticas y postula una tercera modalidad

¹⁴ Decreto Legislativo que refuerza las facultades sobre eliminación de barreras burocráticas para el fomento de la competitividad.

que incluye a cualquier actuación de las entidades de la Administración Pública dentro del concepto de barreras burocráticas:

Artículo 26BIS.- La Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas es competente para conocer sobre los actos y disposiciones, **así como respecto a cualquier otra modalidad de actuación de las entidades de las Administración Pública**, incluso del ámbito municipal o regional, que impongan barreras burocráticas que impidan u obstaculicen ilegal o irrazonablemente el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado, en especial de las pequeñas empresas, y de velar por el cumplimiento de las disposiciones sobre la materia establecidas en los Decretos Legislativos N°s. 283, 668, 757 y el Artículo 61 del Decreto Legislativo N° 776, así como las normas reglamentarias pertinentes. Ninguna otra entidad de la Administración Pública podrá arrogarse estas facultades. La Comisión, mediante resolución, podrá eliminar las barreras burocráticas a que se refiere este artículo.

[...]

Al respecto, cabe agregar que, de acuerdo a la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1212, esta última modificación se realizó debido a que se entendía que con anterioridad a ella, la CEB y el Tribunal de Defensa de la Competencia solo contaban con facultades para conocer sobre barreras burocráticas impuestas a través de actos administrativos y disposiciones administrativas. En otras palabras, se reconoció que la postura asumida por la CEB durante los últimos años era la adecuada.

Por todo lo antes expuesto, podemos concluir que las barreras burocráticas han sido un término legal que se ha ido construyendo a lo largo de los años en nuestro país. Si bien inicialmente se le encomendó a la CAM la tarea de supervisar las barreras burocráticas, no se contaba con una definición jurídica de la misma. La jurisprudencia emitida por el órgano especializado en la materia permitió que, años después, mediante la Ley N° 28996 se le pudiera conceptualizar de manera legal.

2.3. Legislación actual: El Decreto Legislativo N° 1256 “Ley Antibarreras”

Tal y como se ha podido constatar hasta ahora, el ordenamiento jurídico peruano ha tenido por objetivo contar con “[...] un órgano administrativo que goce de facultades suficientes para identificar y eliminar cualquier barrera burocrática que implique no solo la vulneración al marco legal aplicable, sino que proteja de manera eficiente los

derechos de los agentes del mercado ante disposiciones arbitrarias y/o carentes de justificación que emanen de la propia Administración” (Danós y Torrejón 2017:6).

Siendo ello así, hasta el momento es innegable la tarea y el esfuerzo realizado por el INDECOPI para identificar y eliminar barreras burocráticas con la finalidad de promover una mayor competitividad en el mercado; sin embargo, persisten aún una serie de deficiencias que no permiten una labor completamente eficaz por parte del agente de la competencia.

Por un lado, la legislación sobre barreras burocráticas se encontraba dispersa en distintas normas, lo cual dificultaba su aplicación por parte del INDECOPI y generaba confusión entre los administrados y las entidades de la Administración Pública. Sumado a ello, el procedimiento administrativo a seguir en esta materia no estaba regulado por completo y el régimen sancionador, aplicable a las entidades de la Administración Pública y a los funcionarios responsables por la imposición de barreras burocráticas, no era uniforme.

Por otro lado, se advirtió que los efectos de la inaplicación de barreras burocráticas al caso en concreto no fueron los ansiados. INDECOPI se percató que los administrados iniciaban procedimientos para obtener una decisión que disponga la inaplicación de una barrera burocrática que de manera previa ya había sido declarada como tal. Por todo lo antes expuesto, era necesaria una reforma legislativa en la materia que nos permita superar las deficiencias antes aludidas.

En ese sentido, con fecha 08 de diciembre de 2016, el Poder Ejecutivo promulgó el Decreto Legislativo N° 1256¹⁵, instrumento legal que brinda solución a los defectos mencionados previamente: recopila en una única norma toda la regulación referida a barreras burocráticas, establece un procedimiento general para el análisis de las barreras burocráticas y uniformiza el régimen sancionador aplicable a las entidades y funcionarios que laboran en ellas. Además, fortalece las competencias del INDECOPI mediante el otorgamiento de nuevas atribuciones.

¹⁵ Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas

Así, el DL 1256 tiene por objetivo supervisar el marco legal que proteger 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 impuestas por las entidades de la Administración Pública, entendiéndose por tales a las señaladas en el artículo I del Título Preliminar del Decreto Supremo N° 004-2019-JUS¹⁶.

Sobre el particular, el DL 1256 dispone que tanto la CEB como la Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del INDECOPI (en adelante, la “Sala”) son competentes para conocer los procedimientos en materia de eliminación de barreras burocráticas en primera y segunda instancia administrativa, respectivamente.

La norma agrega que ninguna otra entidad podrá arrogarse dichas facultades encomendadas tanto a la CEB como a la Sala y que sus resoluciones son ejecutables tan pronto hayan quedado consentidas o confirmadas por la Sala. Cabe destacar, que cada instancia cuenta con una Secretaría Técnica, la misma que desempeña labores de órgano instructor en los procedimientos de eliminación de barreras burocráticas.

Ahora bien, a diferencia de sus antecedentes legislativos, el DL 1256 logra establecer en un único dispositivo legal la definición de barreras burocráticas, tal y como se desprende del artículo 3 del mismo:

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.

[...]

¹⁶ Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General

De lo anterior se desprende que, en la actualidad, las barreras burocráticas pueden ser de diversos tipos: (i) exigencias¹⁷, como la exigencia de portar un carné de sanidad para todas las personas que brinden atención al público; (ii) requisitos¹⁸, como el requisito de contar con un Certificado de Habilitación Sanitaria de vigencia anual; (iii) limitaciones¹⁹, como el desconocimiento del silencio administrativo positivo que ha operado respecto de una solicitud de autorización de licencia de funcionamiento; (iv) prohibiciones²⁰, como la restricción de horario para el funcionamiento de locales; y, (v) cobros²¹, como el aporte para Parques Zonales y Renovación Urbana que se calcula sobre la base del valor comercial de las áreas.

Asimismo, la exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro deberá generar efectos, es decir, tiene que condicionar, restringir u obstaculizar la entrada y/o la continuidad de los agentes económicos en el mercado o perjudicar a los administrados en la tramitación de procedimientos administrativos sometidos a las normas y/o principios de simplificación administrativa.

Cabe agregar que, según la definición contenida en el DL 1256, no todas las barreras burocráticas deben ser suprimidas de nuestro ordenamiento jurídico sino solo aquellas que no logren superar el análisis de legalidad y/o de razonabilidad que realice la agencia de la competencia, tema que más adelante será desarrollado.

En línea con lo anterior, para el DL 1256 no basta con que la barrera burocrática se identifique con alguno de los tipos indicados en los párrafos precedentes sino que además debe encontrarse materializada a través de alguna de las siguientes formas:

Artículo 3.- Definiciones

Para efectos de la presente ley, debe tenerse en cuenta las siguientes definiciones:

[...]

4. Formas de materialización: las barreras burocráticas se materializan a través de actos administrativos, disposiciones administrativas y/o actuaciones materiales.

¹⁷ Resolución N° 0219-2017/CEB-INDECOPI

¹⁸ Resolución N° 0106-2014/CEB-INDECOPI

¹⁹ Resolución N° 0372-2018/CEB-INDECOPI

²⁰ Resolución N° 0177-2018/SEL-INCEDOPI

²¹ Resolución N° 0348-2016/CEB-INDECOPI

5. Acto administrativo: declaración de una entidad cuyo concepto ha sido recogido en el artículo I del Título Preliminar de la Ley N° 27444 o la norma que la reemplace, destinado a producir efectos jurídicos individuales o individualizables de modo directo en un administrado o grupo de administrados y/o agentes económicos.

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.

7. Actuación material: todo comportamiento, manifestación y/o actividad material de una entidad o 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.

[...]

De esta manera, la norma especializada en la materia, a diferencia de sus antecesoras, determina que las barreras burocráticas solo se pueden concretar en actos administrativos, disposiciones administrativas y actuaciones materiales. Además, precisa qué se debe entender por cada una de ellas con la finalidad de evitar las discrepancias entre órganos de una misma institución, como se explicó en el numeral previo.

Siendo lo anterior, respecto de los actos administrativos, la normativa actual acoge la postura adoptada por la CEB antes de la publicación del DL 1256, es decir, la tesis que postula que las barreras burocráticas solo se pueden materializar en actos administrativos que calcen en la definición sugerida por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

En cuanto a las disposiciones administrativas, se trata de normativa emitida por una entidad, en ejercicio de su función administrativa, que afecta de manera indeterminada a los administrados y/o agentes económicos. Son ejemplo²² de ella los decretos supremos, las resoluciones supremas, las ordenanzas municipales, así como los decretos de alcaldía.

²² Resolución N° 0065-2019/CEB-INDECOPI

Respecto de las actuaciones materiales, son aquellas manifestaciones o comportamientos de las entidades o sus funcionarios que afectan de manera directa o general a los agentes económicos y/o administrados, tales como publicaciones en el portal web de la entidad o solicitudes verbales. Sobre el particular, para acreditar este tipo de barreras burocráticas, el denunciante deberá presentar un medio probatorio que genere convicción acerca de su existencia.

Es importante resaltar que, de acuerdo con el artículo 27 del DL 1256, tanto la CEB como la Sala pueden declarar la improcedencia de la denuncia si constatan que la medida identificada como barrera burocrática no se encuentra materializada en un acto administrativo, disposición administrativa o actuación material²³, o si verifican que la medida denuncia como barrera burocrática no involucra el ejercicio de la función administrativa por parte de la entidad²⁴.

Tal y como se ha manifestado previamente, no le corresponde al INDECOPI eliminar el universo de barreras burocráticas existentes en nuestro ordenamiento jurídico sino tan solo aquellas que son ilegales y/o carentes de razonabilidad. Para poder determinarlas como tal, el DL 1256 ha constituido, por primera vez en un dispositivo legal²⁵, una metodología compuesta por dos tipos de análisis.

El primero de ellos se trata del análisis de legalidad, el mismo en el cual el INDECOPI contrasta la barrera burocrática identificada con las disposiciones normativas vigentes que estarían siendo presuntamente transgredidas (Luna Negrón 2019: 57). Así, evalúa lo siguiente: (i) que la entidad que impone la barrera burocrática cuente con atribuciones para ello, (ii) que la entidad haya respetado las formalidades para la emisión de la barrera burocrática y (iii) que la aplicación de la barrera burocrática no

²³ Resolución N° 0224-2016/CEB-INDECOPI: La CEB declara improcedente la denuncia interpuesta por la Cooperativa de Servicios Especiales Transportes Sol y Mar Ltda. debido a que la denunciante no logro acreditar que la barrera burocrática cuestionada, es decir, el desconocimiento de la licencia de funcionamiento del terminal de Huachipa, se encuentre materializada en un acto administrativo, disposición administrativa o actuación material.

²⁴ Resolución N° 0739-2017/SDC-INDECOPI: La Sala declara improcedente la denuncia interpuesta por Inmune S.A. debido a que la medida identificada no configura una barrera burocrática impuesta por el Estado en ejercicio de la función administrativa, lo cual significa que se encuentra fuera de su ámbito de control.

²⁵ Con anterioridad a la publicación del DL 1256, ninguna otra norma contenía una metodología similar. El instrumento utilizado por la CEB y el Tribunal de Defensa de la Competencia del INDECOPI para resolver procedimientos de eliminación de barreras burocráticas eran los criterios de interpretación establecidos en el Precedente de Observancia Obligatoria N° 182-97-TDC, de fecha 20 de agosto de 1997.

contravenga las normas de simplificación administrativa y/o cualquier otro dispositivo legal.

Mientras que, el segundo análisis se refiere a uno de razonabilidad en el cual el INDECOPI deberá cotejar que la barrera burocrática objetada no se trate de una medida arbitraria y que, por el contrario, sea una de tipo proporcional a los fines que busca proteger. Para poder llevar a cabo este último examen, el denunciante deberá presentar indicios suficientes respecto de la carencia de razonabilidad de la medida denunciada.

En caso la medida sea declarada ilegal y/o carente de razonabilidad, el INDECOPI, específicamente la CEB y la Sala, cuenta con facultades para inaplicar las barreras burocráticas al caso en concreto y con efectos generales, esta última novedad incorporada a través del DL 1256.

La atribución referida a la inaplicación al caso en concreto implica que los efectos de la resolución que declara ilegal y/o carente de razonabilidad una barrera burocrática solo repercuten en el administrado denunciante. Esta competencia aplica en procedimientos iniciados tanto de oficio como de parte y para barreras burocráticas concretizadas en cualquiera de los tres supuestos antes planteados.

Por otro lado, la inaplicación con efectos generales de una barrera burocrática tiene por objetivo ordenar que ningún funcionario de la entidad de la Administración Pública denunciada la vuelva a exigir a los administrados, en otras palabras, no solo favorece al denunciante sino a todo aquel que se pueda ver afectado por ella. Cabe destacar que esta última atribución solo podrá ser adoptada para los procedimientos en los que previamente se haya declarado la ilegalidad de la barrera burocrática, la misma que deberá encontrarse materializada en una disposición administrativa.

Al respecto, esto último se debe a que de las tres formas de materialización establecidas en el DL 1256, de acuerdo a su definición, las disposiciones administrativas son las únicas que producen efectos jurídicos generales sobre un grupo indeterminado de administrados, a diferencia de los actos administrativos y las actuaciones materiales.

Adicionalmente, según lo dispuesto en el artículo 33 del DL 1256, la CEB y la Sala pueden imponer sanciones a los funcionarios públicos, así como a las entidades, cuando incurran en alguna de las infracciones previstas en la norma. Sobre el particular, la norma dispone que las multas pueden alcanzar las 5 Unidades Impositivas Tributarias (en adelante, “UIT”).

Finalmente, el administrado denunciante, durante el desarrollo del procedimiento, tiene derecho a interponer el recurso de apelación, único recurso impugnativo, el mismo que será resuelto por la Sala y será concedido con efectos suspensivos.

Siendo ello así, podemos concluir que en la actualidad las barreras burocráticas se encuentran reguladas en nuestro ordenamiento jurídico a través del DL 1256. Este dispositivo legal no solo resuelve una serie de deficiencias detectadas con anterioridad sino que además fortalece las competencias del INDECOPI a través de la aprobación de la inaplicación de barreras burocráticas con efectos generales como nueva potestad.

3. SEGUNDO CAPÍTULO: ANÁLISIS LEGAL DEL PROYECTO DE LEY N° 4407-2018-CR, “PROYECTO DE LEY DE EFICIENCIA ECONÓMICA POR SIMPLIFICACIÓN Y REDUCCIÓN DE COSTOS ADMINISTRATIVOS”

El presente apartado tiene como finalidad analizar las modificaciones normativas que propone el Proyecto de Ley N° 4407-2018-CR, “Proyecto de ley de eficiencia económica por simplificación y reducción de costos administrativos” (en adelante, el “Proyecto de Ley”) presentado por un grupo de parlamentarios del Congreso de la República.

Siendo lo anterior, en primer lugar abordaremos la información general del Proyecto de Ley, es decir, trataremos sobre las reformas normativas que propone, las razones que motivan los cambios sugeridos, así como cuál es la situación actual del Proyecto de Ley en el Congreso de la República.

Acto seguido, desarrollaremos el primer cambio legislativo que sugiere el Proyecto de Ley, es decir, la modificación relacionada a la inaplicación con efectos generales de barreras burocráticas contenidas en actuaciones materiales. Para ello no solo nos

remitiremos a la normativa actual y a la doctrina sino también a los casos resueltos por la CEB.

Finalmente, analizaremos la segunda reforma propuesta por el Proyecto de Ley, referida a la extensión del mandato de inaplicación con efectos generales de barreras burocráticas materializadas en disposiciones administrativas a todas las entidades a nivel nacional. Para brindar nuestra opinión respecto de este último cambio, tomaremos en consideración la metodología de análisis de barreras burocráticas, específicamente, los aspectos evaluados en el análisis de legalidad.

3.1. Sobre el Proyecto de Ley N° 4407-2018-CR

De acuerdo con lo establecido en la Constitución Política que rige nuestro ordenamiento jurídico, el presidente de la república, los congresistas, así como diversas autoridades tienen derecho a la iniciativa legislativa. Así lo dispone el artículo 107 de la Carta Magna:

Artículo 107.- El Presidente de la República y los Congresistas tienen derecho a iniciativa en la formación de leyes.

También tienen el mismo derecho en las materias que les son propias los otros poderes del Estado, las instituciones públicas autónomas, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales y los colegios profesionales. Asimismo lo tienen los ciudadanos que ejercen el derecho de iniciativa conforme a ley.

La Norma Fundamental agrega que ningún proyecto de ley podrá ser votado en el Pleno del Congreso sin que de manera preliminar haya sido aprobado por la Comisión correspondiente, exceptuándose de ello los proyectos enviados por el Poder Ejecutivo con carácter de urgencia.

En línea con lo anterior, el Reglamento del Congreso de la República decreta que toda proposición legislativa deberá contener una exposición de motivos en la cual se expresen sus fundamentos, el efecto de la vigencia de la nueva norma que se propone, así como el análisis costo beneficio de la misma.

Siendo ello así, con fecha 30 de mayo de 2019, en pleno uso de sus facultades legislativas, los congresistas de la república Mercedes Aráoz Fernández, Carlos Bruce Montes de Oca, Miguel Ángel Torres Morales, Alberto Quintanilla Chacón y Rolando Reátegui Flores, miembros del Grupo de Trabajo de Competitividad y Productividad de la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera, presentaron ante dicha Comisión el Proyecto de Ley N° 4407-2018-CR.

El Proyecto de Ley tiene por objetivo facilitar la eliminación de barreras burocráticas consideradas ilegales a través de la inaplicación con efectos generales. En ese sentido, busca efectivizar los pronunciamientos del INDECOPI en materia de eliminación de barreras burocráticas, así como procurar la reducción del número de procedimientos y del plazo de duración de los mismos.

Para alcanzar su propósito, el Proyecto de Ley sugiere modificar los numerales 8.1 y 8.3 del artículo 8 del DL 1256 de la siguiente manera:

Artículo 8.- De la inaplicación con efectos generales de barreras burocráticas ilegales contenidas en disposiciones administrativas y actuaciones materiales

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. **La Comisión o la Sala también podrán disponer la inaplicación con efectos generales respecto de actuaciones materiales, según corresponda. El mandato de inaplicación con efectos generales de una barreras burocrática materializada en una disposición administrativa, podrá ser extendido por la Sala a todas aquellas exigencias, requisitos, limitaciones, prohibiciones y/o cobros establecidos por cualquier entidad de la administración pública a nivel nacional, local y/o regional que guarden las mismas características de ilegalidad de la barrera burocrática analizada en el pronunciamiento [...].**

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 **o en cualquier otra entidad a nivel nacional, local o regional**, 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 [...].

De lo anterior se desprende que el Proyecto de Ley plantea dos reformas principales. La primera de ellas dispone que el mandato de inaplicación con efectos generales de barreras burocráticas declaradas ilegales comprenda, además de las disposiciones administrativas, a las actuaciones materiales de las distintas entidades de la Administración Pública.

En cuanto al segundo cambio, el mismo establece que el mandato de inaplicación con efectos generales de barreras burocráticas declaradas ilegales materializadas en disposiciones administrativas sea extendido a todas aquellas barreras burocráticas de características similares impuestas por cualquier entidad de la Administración Pública a nivel nacional.

Los parlamentarios autores del Proyecto de Ley señalan que de los ranking publicados por el INDECOPI en su página web se desprende que la mayor cantidad de barreras burocráticas declaradas ilegales y/o carentes de razonabilidad son impuestas por órganos del gobierno local, es decir, por municipalidades provinciales y distritales.

Asimismo, sostienen que a pesar de que el DL 1256 le ha otorgado nuevas atribuciones al INDECOPI, como la inaplicación con efectos generales, la misma no ha sido suficiente para disminuir el alto índice de disposiciones administrativas que imponen barreras burocráticas que ya han sido declaradas como tal en procedimientos previos.

Atendiendo a ello, en la exposición de motivos del Proyecto de Ley se han identificado dos problemáticas que sustentan la presente propuesta. La primera de ellas está relacionada con el hecho de que los mandatos de inaplicación con efectos generales, establecidos por el DL 1256, solo sean vinculantes para la entidad denunciada.

Esto último ha generado que se excluya de dichos mandatos a otras entidades de la Administración Pública que imponen barreras burocráticas que guardan las mismas características de ilegalidad que una declarada como tal en un procedimiento anterior,

pero materializada en una disposición administrativa distinta. Este problema, según los parlamentarios, podría ser superado con el cambio normativo que se enuncia.

Por otro lado, un segundo problema evidenciado en el DL 1256 son los alcances de la declaración de inaplicación de barreras burocráticas materializadas en actuaciones materiales ya que las mismas, a diferencia de las barreras burocráticas contenidas en disposiciones administrativas, solo pueden ser inaplicadas al caso en concreto.

De acuerdo con la exposición de motivos, las actuaciones materiales son manifestaciones de una entidad o funcionario capaces de producir efectos jurídicos abstractos y generales sobre un grupo indeterminado de administrados y/o agentes económicos, motivo por el cual, al igual que en el caso de las disposiciones administrativas, su inaplicación debería ser de forma general y no concreta.

Por todas las razones expuestas en los párrafos precedentes, los miembros del Grupo de Trabajo de Competitividad y Productividad de la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera consideran que es necesario reformar el DL 1256 en el extremo referido a la facultad de inaplicación con efectos generales de la CEB.

Cabe destacar que el Proyecto de Ley fue presentado por primera vez en el 2018 por los congresistas mencionados de manera previa ante la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera del Congreso de la República; sin embargo, con fecha 04 de junio de 2019, esta Comisión decretó que el Proyecto de Ley sea enviado a la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos.

Esta última Comisión la admitió con fecha 05 de junio de 2019 y en la actualidad aún no ha sido discutida por los miembros que la conforman. Es importante mencionar que para que el Proyecto de Ley se convierta en norma, es decir, para que pertenezca a nuestro ordenamiento legal, es necesario que la Comisión en cuestión emita un dictamen favorable respecto del Proyecto de Ley para que luego pueda ser votado en el Pleno del Congreso.

Siendo lo anterior, en los siguientes acápite se examinarán las propuestas de reforma planteadas por el presente Proyecto de Ley a efectos de emitir opinión sobre su viabilidad o inviabilidad, según sea el caso.

3.2. Primera modificación: Sobre la inaplicación con efectos generales de barreras burocráticas declaradas ilegales contenidas en actuaciones materiales

En la actualidad, según lo establecido en el artículo 8 del DL 1256, la CEB y la Sala cuentan con facultades para inaplicar con efectos generales barreras burocráticas ilegales materializadas en disposiciones administrativas. Así lo decreta la disposición en mención:

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.

[...]

No obstante, el Proyecto de Ley recomienda transformar el numeral 8.1 del artículo 8 del DL 1256 y hacerlo extensivo a las actuaciones materiales debido a que éstas también producen efectos jurídicos generales y abstractos. Así, la nueva propuesta sugiere que el mandato de inaplicación con efectos generales comprenda, además de las barreras burocráticas materializadas en disposiciones administrativas, a aquellas contenidas en actuaciones materiales.

Al respecto, tenemos a bien comentar que hasta antes de la emisión del DL 1256, el INDECOPI solo contaba con atribuciones para inaplicar barreras burocráticas al caso en concreto; sin embargo, a partir de la promulgación del DL 1256, adquirió competencias para inaplicarlas con efectos generales.

Esta última potestad le fue otorgada solo respecto de aquellas barreras burocráticas declaradas ilegales contenidas en disposiciones administrativas ya que, de acuerdo con las definiciones establecidas en el artículo 3 del DL 1256, las disposiciones

administrativas eran la única forma de materialización de barreras burocráticas que producían efectos jurídicos abstractos y generales sobre un grupo indeterminado de administrados y/o agentes económicos.

Lo anterior guarda relación con lo resuelto por la CEB y la Sala en diversos pronunciamientos²⁶ respecto de las formas en las que el denunciante puede cuestionar las barreras burocráticas. En la Resolución N° 1456-2008/TDC-INDECOPI, del 25 de julio de 2008, los miembros del órgano colegiado expresan lo siguiente:

9. **El cuestionamiento de barreras burocráticas puede ser realizado en dos escenarios distintos: en concreto y en abstracto.** Es en función de éstos que se determina la materia controvertida y con ello, si se configura o no el supuesto de sustracción de la materia en cada procedimiento iniciado por denuncia de parte ante la Comisión.
10. **En el cuestionamiento en concreto, el denunciante encuentra una barrera burocrática en el marco de un procedimiento administrativo y, por ende, el análisis de la Comisión consistirá en realizar una evaluación en concreto de la legalidad y racionalidad de la barrera burocrática aplicada en dicho procedimiento administrativo.** Un ejemplo de este cuestionamiento sería la exigencia de requisitos presuntamente ilegales o irracionales para la tramitación de las solicitudes presentadas por los administrados ante las entidades que imponen dichos requisitos.
11. **En el cuestionamiento en abstracto, el denunciante encuentra una barrera burocrática fuera de un procedimiento administrativo, con lo cual el análisis de la Comisión consistirá en realizar una evaluación en abstracto de la legalidad y razonabilidad de la barrera burocrática.** Este sería el caso, por ejemplo, de un agente económico que pretende iniciar actividades en el país y que, al tomar conocimiento de la existencia de una disposición emanada por la Administración Pública, decide previamente accionar contra ella ante la Comisión [...][el subrayado y destacado es mío] (2008: 3-4).

La misma postura es adoptada por los miembros de la Sala en la Resolución N° 0185-2015/SDC-INDECOPI, de fecha 19 de marzo de 2015, a través de la cual manifiestan lo siguiente:

23. Como ha sido señalado en anteriores pronunciamientos, en los procedimientos de eliminación de barreras burocráticas, **los denunciantes pueden efectuar cuestionamientos en “concreto” o en “abstracto”.**

²⁶ Resolución N° 1286-2008/TDC-INDECOPI, Resolución N° 1799-2008/TDC-INDECOPI, Resolución N° 0089-2009/SC1-INDECOPI, Resolución N° 0346-2013/CEB-INDECOPI, Resolución N° 1171-2013/SDC-INDECOPI y Resolución N° 0400-2015/CEB-INDECOPI

24. En esa línea, este colegiado ha manifestado que **en un cuestionamiento en “concreto”, la barrera burocrática denunciada se encuentra materializada en un acto administrativo que tiene efectos jurídicos individuales o individualizables en los administrados en una situación particular. En estos casos, únicamente se evaluará la legalidad y/o razonabilidad de la medida contenida en dicho acto.**
25. De otro lado, **en un cuestionamiento en “abstracto”, la barrera burocrática denunciada se encuentra materializada en una disposición (norma) emitida por una entidad de la Administración Pública como, por ejemplo, en un reglamento o en una ordenanza municipal, cuyos efectos son generales y no se enmarcan en una situación particular. En estos casos, solo se evaluará la legalidad y/o razonabilidad de la medida contenida en la disposición, independientemente de lo que haya sucedido en el caso en concreto del denunciante [...]**[el subrayado y destacado es mío] (2015: 11).

De las citas preliminares se desprende que existen dos maneras de que el denunciante pueda cuestionar una barrera burocrática ante el INDECOPI. Una de ellas es a través de un cuestionamiento en concreto, el mismo que tiene lugar cuando la barrera denunciada se encuentra materializada en un acto administrativo que tiene efectos jurídicos individuales o individualizables sobre determinados administrados.

La otra forma de discusión es a través de un cuestionamiento en abstracto en el cual la barreras burocrática se encuentra contenida en una disposición administrativa emitida por una entidad de la Administración Pública, la misma que despliega efectos generales sobre un grupo indeterminado de personas.

De conformidad con la CEB²⁷, “la mencionada diferencia parte de una interpretación [...] el cual establece las formas a través de las cuales se aplica una barreras burocrática, distinguiendo entre *actos* (aplicación directa al administrado, casos en concreto) y *disposiciones administrativas* (aplicación de una norma en general, casos en abstracto)” (2013: 8).

Cabe destacar que esta distinción para el cuestionamiento de las barreras burocráticas se condice con la forma en la que son inaplicadas cada una de ellas en la actualidad. Mientras que los actos administrativos despliegan consecuencias jurídicas individuales sobre un administrado en particular, por lo cual le corresponde ser

²⁷ Resolución N° 0346-2013/CEB-INDECOPI

inaplicado solo al caso en concreto, las disposiciones administrativas tienen consecuencias jurídicas generales sobre un número indeterminado de administrados, motivo por el cual pueden ser inaplicados con efectos generales.

Al respecto, es importante resaltar que los tipos de análisis desarrollados por la CEB y la Sala no toman en consideración a la tercera forma de materialización de barreras burocráticas, es decir, a las actuaciones materiales. Tal y como se puede apreciar, la clasificación efectuada por el INDECOPI, basada en los efectos que despliegan las formas de materialización, no determina de qué forma poder cuestionar las actuaciones materiales.

Según el artículo 3 del DL 1256, son actuaciones materiales todo comportamiento, manifestación y/o actividad material de una entidad o funcionario que, sin ser viabilizada a través de un acto administrativo y/o disposición administrativa, produce efectos jurídicos capaces de restringir el acceso o la permanencia de los agentes económicos al mercado o de constituir incumplimiento de las normas y/o principios que garantizan la simplificación administrativa.

A pesar de que la definición establecida en el DL 1256 no determina de manera precisa cuáles son los efectos jurídicos producidos por las barreras burocráticas contenidas en actuaciones materiales, los autores del Proyecto de Ley aseguran en la exposición de motivos del mismo que las actuaciones materiales despliegan efectos jurídicos generales, tal y como se puede comprobar a continuación:

Otra problemática identificada en el Decreto Legislativo N° 1256 es la referida a los alcances de la declaración de la inaplicación de las “actuaciones materiales”. Actualmente, el artículo 10 del citado Decreto Legislativo únicamente establece la inaplicación de una actuación material al caso concreto; sin embargo, **si tenemos en cuenta que una actuación material es toda manifestación de un funcionario o entidad factible que, sin estar materializado en un acto o disposición administrativa, produce efectos jurídicos abstractos y generales sobre un grupo indeterminado de administrados y/o agentes económicos, al igual que una disposición administrativa; entonces resulta lógico que sus efectos de inaplicación también sean generales.** Así, por ejemplo, una actuación material podría encontrarse en las comunicaciones a través de portales electrónicos o carteles que contengan barreras burocráticas. Dada la posibilidad del alcance general de las barreras burocráticas materializadas en actuaciones materiales, es

conveniente que a inaplicación se disponga con efectos generales en beneficio de los administrados [el subrayado y destacado es mío] (2018: 5).

Esto último causa confusión puesto que el Proyecto de Ley no solo pretende otorgarle efectos que no han sido estipulados como tal en el DL 1256 a las actuaciones materiales sino que además en base a dicha afirmación, que de acuerdo a lo descrito en la exposición de motivos carece de sustento doctrinario o jurisprudencial, desea inaplicarla con efectos generales.

Siendo ello así, para poder emitir opinión respecto del cambio normativo sugerido por el presente Proyecto de Ley, consideramos oportuno remitirnos a la normativa y a la doctrina comparada y nacional con la finalidad de poder evidenciar cuáles son efectivamente las consecuencias jurídicas que emiten las actuaciones materiales.

Para ello partiremos señalando que del DL 1256 se desprende que la CEB y la Sala son competentes para conocer los actos administrativos, disposiciones administrativas y actuaciones materiales, incluso del ámbito municipal o regional, que impongan barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad. Asimismo, de la norma se colige que se encuentran bajo su ámbito de aplicación las entidades de la Administración Pública y todos aquellos funcionarios que ejerzan función administrativa.

Pero, ¿qué es la función administrativa y cuáles son las entidades que hacen uso de ella? De acuerdo con el artículo 43 de nuestra Constitución Política, el Perú es un Estado democrático, social, independiente y soberano. Además, su gobierno es unitario y descentralizado y se organiza según el principio de la separación de poderes.

La teoría de la separación de poderes “parte del reconocimiento de que todo órgano que ejerce poder tiende naturalmente a abusar de él, por lo cual se hace necesario instaurar un sistema de frenos y contrapesos sobre la base de la asignación de porciones de poder estatal [...] a diferentes órganos (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) [...]” (Cassagne 2002: 77).

Aparentemente la idea planteada por Montesquieu era perfecta; sin embargo, las dificultades comenzaron cuando se verificó que los órganos antes aludidos no se limitaban a desarrollar únicamente la función que les correspondía sino que desempeñaban otras adicionales supuestamente ajenas a ellos.

Para superar dicho inconveniente se ha enunciado el concepto de unidad jurídica del poder según el cual el Estado detenta un único poder, el mismo que se encuentra distribuido en diversas entidades conformantes del Estado y que se manifiesta a través de distintas funciones (Grupo de Investigación en Derecho Administrativo 2020: 6-7). Así, además de las funciones clásicas, como la función legislativa, función gubernativa y función jurisdiccional, es necesario tomar en cuenta una cuarta vertiente del poder público: la función administrativa o función pública.

De acuerdo con Roberto Dromi,

La función administrativa objetivamente, es un conjunto de actividades encaminadas hacia un fin, con prescindencia del órgano o agente que la realice y que se traduce en una ejecución concreta y práctica [...]. Toda vez que lo gestado y gestionado es el bien común [...] se verifica función administrativa en los tres órganos fundamentales del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) y también en los órganos públicos no estatales (por autorización o delegación estatal), cumpliendo así los cometidos que el orden político y el ordenamiento jurídico asignan al Estado” (1998: 119).

En otras palabras, podemos concluir que la función administrativa es el conjunto de acciones realizadas para salvaguardar un interés general. Cabe resaltar que, como asevera Dromi, la función administrativa no se encuentra reservada a un solo poder del Estado sino que la misma le ha sido confiada a distintas entidades de la Administración Pública, entendiéndose como tales a las señaladas en el artículo I del Título Preliminar del Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

Ahora bien, habiendo quedado claro el concepto de función administrativa, corresponde señalar que el mismo es ejercido por las entidades de la Administración Pública a través de distintas vías. Así como las funciones gubernativas, legislativas y jurisdiccionales se manifiestan a través de determinados instrumentos, la función administrativa tiene también sus propias formas de expresión.

Sobre el particular, la doctrina mayoritaria suele reconocer cinco formas jurídicas administrativas a través de las cuales se desarrolla la función administrativa: (i) el acto administrativo, (ii) el reglamento administrativo, (iii) el simple acto de la administración o acto de administración interna, (iv) el hecho administrativo o actuación material y (v) el contrato administrativo (Cassagne 2002; Dromi 1998; Gordillo 2013).

Lo anterior concuerda con lo estipulado en el DL 1256, específicamente con las formas de materialización de barreras burocráticas establecidas en el artículo 3 de la norma. Las formas que pueden contener a las barreras burocráticas se condicen con los modos de expresión de la función administrativa ejercida por las entidades de la Administración Pública.

Así, el DL 1256 le asigna una definición al acto administrativo identificándolo con el concepto esbozado en el artículo I del Título Preliminar del Decreto Supremo N° 004-2019-JUS que solo produce efectos individuales. En el caso de la disposición administrativa, su definición se relaciona con la conceptualización otorgada por la doctrina mayoritaria a los reglamentos administrativo, es decir, se le considera como una declaración unilateral efectuada en el ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos generales sobre un número indeterminado de personas (Dromi 1998: 266-267).

Sin embargo, para el caso de la actuación material, podemos notar que su delimitación en la norma no es clara ni mucho menos se establecen los efectos que la misma produce. De acuerdo con el DL 1256, solo será actuación material toda aquella actividad de la entidad de la Administración Pública o del funcionario que no pueda ser viabilizada a través de un acto administrativo o una disposición administrativa.

Entonces, ¿qué constituye realmente una actuación material? ¿cuáles son verdaderamente sus efectos?. Para absolver dichas dudas, nos remitiremos, en primer lugar, a lo dispuesto en nuestro ordenamiento jurídico para luego profundizar en lo expresado por la doctrina comparada, así como en la doctrina nacional.

Así, el ordenamiento jurídico peruano reconoce los distintos modos de expresión jurídica administrativo en nuestro país. En ese sentido, a través del Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, por ejemplo, no solo reconoce la existencia de los actos administrativos y las actuaciones materiales sino que además los distingue, tal y como se puede verificar a continuación:

Artículo 1.- Concepto de acto administrativo

1.1. **Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.**

1.2. **No son actos administrativos:**

1.2.1. Los actos de administración interna de las entidades destinados a organizar o hacer funcionar sus propias actividades o servicios. Estos actos son regulados por cada entidad, con sujeción a las disposiciones del Título Preliminar de esta Ley, y de aquellas normas que expresamente así lo establezcan

1.2.2. **Los comportamientos y actividades materiales de las entidades.**

De esta manera, podemos constatar que si bien la norma alude a las actuaciones materiales, no las define ni mucho menos contempla cuáles son los efectos jurídicos que puede provocar sobre los administrados. La misma solo se limita a diferenciarla del acto administrativo y a destacar que se tratan de dos formas jurídicas administrativas distintas.

El Decreto Supremo N° 011-2019-JUS²⁸, por su parte, dispone que las actuaciones materiales de las entidades de la Administración Pública son pasibles de impugnación a través del proceso contencioso administrativo; sin embargo, no las conceptualiza jurídicamente. Así, el artículo 4 de la norma decreta lo siguiente:

Artículo 4.- Actuaciones impugnables

Conforme a las previsiones de la presente Ley y cumpliendo los requisitos expresamente aplicables a cada caso, procede la demanda contra toda actuación realizada en ejercicio de potestades administrativas.

Son impugnables en este proceso las siguientes actuaciones administrativas:

[...]

²⁸ Decreto Supremo que aprueba el Texto Único de la Ley N° 27584 – Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo.

3. La actuación material que no se sustenta en acto administrativo.
4. La actuación material de ejecución de actos administrativos que transgrede principios o normas del ordenamiento jurídico.

[...]

Según se puede verificar de lo expresado de manera previa, las actuaciones materiales no solo pueden ser impugnadas a través del INDECOPI en la vía administrativa sino que también pueden ser cuestionadas en la vía judicial ante el Poder Judicial mediante un proceso contencioso administrativo. Lamentablemente, esta norma tampoco otorga una delimitación a las actuaciones materiales motivo por el cual es necesario remitirnos a la doctrina.

A nivel de doctrina comparada, el profesor Roberto Dromi reconoce como formas jurídicas administrativas a los actos administrativos, los reglamentos administrativos, los simples actos de la Administración, los contratos administrativos y los hechos administrativos. En ese sentido, sobre las actuaciones materiales manifiesta que

El hecho administrativo es toda actividad material, traducida en operaciones técnicas o actuaciones físicas, ejecutadas en ejercicio de la función administrativa, productora de efectos jurídicos directos o indirectos. Objetivamente, el hecho administrativo exterioriza función administrativa, con prescindencia de que sea el efecto ejecutorio de un acto administrativo que le sirva de antecedente, o que se trate simplemente del desarrollo de la actividad que dicha función requiere en el cumplimiento de sus cometidos propios [...]. De cualquier modo, **se trata de un hecho jurídico, en tanto y en cuanto tiene la virtualidad de producir consecuencias jurídicas, que proviene de la Administración Pública [...] e incide en la relación jurídico – administrativa,** de lo que resulta su adjetivación.

Se diferencia del acto administrativo puesto que es un acontecer que importa un hacer material, operación técnica o actuación física de un ente público en ejercicio de la función administrativa, mientras que el acto administrativo significa siempre una declaración intelectual de voluntad de decisión, de cognición u opinión.

El hecho, no es una exteriorización intelectual sino material [...] [el subrayado y destacado es mío] (1998: 195).

Por su parte, el profesor Agustín Gordillo también admite la existencia de distintas formas de expresión jurídico administrativo y al referirse a las actuaciones materiales afirma lo siguiente:

[...] que **hechos son las actuaciones materiales**, las operaciones técnicas **realizadas en ejercicio de la función administrativa**. **Si bien generalmente los hechos son ejecución de actos** (en cuanto dan cumplimiento o ejecución material a la decisión que el acto implica), **ello no siempre es así**, y pueden presentarse actos que no son ejecutados, o hechos realizados sin una decisión previa formal [el subrayado y destacado es mío] (2013: 212).

[...] **que los actos son las decisiones, declaraciones o manifestaciones de voluntad o de juicio; que los hechos con las actuaciones materiales, las operaciones técnicas realizadas en ejercicio de la función administrativa**. **Si bien generalmente los hechos son ejecución de actos** (en cuanto dan cumplimiento o ejecución material a la decisión que el acto implica), **ello no siempre es así y pueden presentarse actos que no sean ejecutados o hechos realizados sin una decisión previa formal**. La distinción entre acto y hecho no siempre es fácil [...]; pero en líneas generales puede afirmarse, entonces, que el acto se caracteriza porque se manifiesta a través de declaraciones provenientes de la voluntad administrativa y dirigidas directamente al intelecto de los individuos a través de la palabra oral o escrita, o de signos de un contenido convencional o ideográfico [...]; el hecho, en cambio, carece de ese sentido mental y constituye nada más que una actuación física o material [el subrayado y destacado es mío] (2011: III-16 – III-17).

De lo anterior se deduce que los hechos administrativos o actuaciones materiales son actuaciones físicas ejecutadas por la Administración Pública en virtud de su función administrativa. Así, se señala que el mismo se diferencia del acto administrativo en tanto representa una exteriorización de carácter material y no una de tipo intelectual.

Cabe destacar que también se afirma que las actuaciones materiales producen consecuencias jurídicas; sin embargo, no se precisa si las mismas son efectos individuales sobre un grupo determinado de ciudadanos o efectos generales sobre un grupo indeterminado de personas.

En cuanto a la doctrina nacional, la mayoría coincide con las ideas expresadas por los autores internacionales y reconoce los distintos modos de expresión jurídico administrativo en nuestro país. El profesor Ricardo Salazar se pronuncia al respecto y sostiene lo siguiente:

Los hechos administrativos o también denominados actuaciones materiales son manifestaciones físicas realizadas en ejercicio de función administrativa. Son de gran diversidad, estando algunas de ellas regidas por normas de ejecución. Tienen una vinculación muy

estrecha y por lo general apoyan la generación o cumplimiento de otras formas jurídicas administrativas o figuras jurídicas.

Esquemáticamente, podemos señalar que **son características de la forma jurídica administrativa denominada hecho administrativo**, las siguientes:

1. **Es una actuación física en ejercicio de función administrativa**, es decir, está presente dicha función del poder
2. **Puede afectar situaciones jurídicas individuales o colectivas**, siendo lo normal que ello no suceda.
3. **Su validez puede ser cuestionada en vía administrativa o contencioso administrativa** [el subrayado y destacado es mío] (2009: 29).

Por su lado, el profesor Francisco Ochoa Mendoza agrega que el hecho administrativo es “la **actividad material que produce efectos jurídicos directos o indirectos** (por ejemplo, inspecciones, clausura de locales, demoliciones, etc.)” [el subrayado y destacado es mío] (2014: 7) mientras que el profesor Guzmán Napurí, al referirse a las actuaciones impugnables a través del proceso contencioso administrativo, afirma lo siguiente:

La norma establece que también son susceptibles de impugnación las llamadas actuaciones materiales, que constituyen comportamiento y actividades reales de la Administración, que no se configuran en instrumentos legales [...]

1. Ahora bien, la norma distingue dos supuestos, la actuación material que no se sustenta en un acto administrativo y aquella que al ejecutar el acto transgrede el ordenamiento jurídico. El primer caso parece evidente, pero no es así. **La forma como la norma está redactada podría hacernos pensar que toda actuación material que no se sustenta en un acto administrativo es ilegal, lo cual no es cierto** puesto que existen comportamientos materiales que se encuentran sustentados en otras actuaciones administrativas, o en normas en general [...] [el subrayado y destacado es mío] (2012: 114).

De lo planteado por la doctrina nacional podemos colegir que en nuestro ordenamiento jurídico las actuaciones materiales constituyen una actuación física por parte de la Administración Pública en ejercicio de su función administrativa, la misma que puede ser cuestionada tanto en vía administrativa como en vía contencioso administrativa.

Asimismo, se puede extraer que las actuaciones materiales producen efectos jurídicos directos o indirectos, es decir, que las mismas pueden producir consecuencias jurídicas que emanen de ellas directamente, así como consecuencias jurídicas que se encuentren subordinadas a la emisión de un acto posterior.

Lamentablemente, tampoco la doctrina logra determinar si las actuaciones materiales provocan efectos jurídicos generales o individuales sobre los administrados, razón por la cual, como parte del desarrollo del presente artículo de investigación, consideramos imprescindible remitirnos a los casos resueltos por el INDECOPI.

Así, con fecha 30 de setiembre del presente año, se realizó una solicitud de acceso a la información pública²⁹ al INDECOPI mediante la cual se requirió información sobre *“todas aquellas resoluciones, emitidas por la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas y/o la Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas del 24 de octubre de 2015 al 30 de setiembre de 2020³⁰, en las que se haya declarado barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad contenidas en actuaciones materiales”*.

Siendo ello así, con fecha 13 de octubre de 2020, recibimos respuesta³¹ a la solicitud formulada mediante la cual se nos comunicó que, en el rango de fechas aludido de manera previa, la CEB ha declarado fundadas 102 barreras burocráticas ilegales materializadas en distintas actuaciones materiales.

Tomando en consideración la información otorgada por el INDECOPI, a continuación tomaremos como ejemplo cuatro casos resueltos por la agencia de la competencia a efectos de poder dilucidar las consecuencia jurídica que emanan de las actuaciones materiales impugnadas en la vía administrativa.

- Primer caso: Se refiere a la investigación de oficio iniciada por la Secretaría Técnica de la CEB (en adelante, la "Secretaría Técnica") contra el Colegio de

²⁹ Expediente N° 755-2020/GEG-Sac

³⁰ El rango de fecha de información requerida responde a que recién desde el 24 de octubre de 2015, fecha en que se publicó en el Diario Oficial El Peruano el Decreto Legislativo N° 1212, se incorporó como forma de materialización de barreras burocráticas a las actuaciones materiales.

³¹ Carta N° 001465-2020-GEG-SAC/INDECOPI, emitida por la Jefa del Servicio de Atención al Ciudadano del INDECOPI.

Abogados de Lima (en adelante, “CAL”) con la finalidad de verificar si la tramitación de los procedimientos de incorporación en las modalidades “Grupal” e “Individual” difundidos en su portal web institucional se realizaban de acuerdo con las normas de simplificación administrativa.

Así, con fecha 27 de enero de 2017, mediante Resolución N° 079-2017/CEB-INDECOPI³², la CEB declaró barreras burocráticas ilegales las siguientes medidas impuestas por el CAL y materializadas en el documento denominado “Requisitos de incorporación” difundido a través de su portal web institucional:

- i. La exigencia del monto ascendente a S/ 1 500 soles para la tramitación del procedimiento de incorporación a la Orden del CAL bajo la modalidad “Grupal”
- ii. La exigencia del monto ascendente a S/ 2 700 soles para la tramitación del procedimiento de incorporación a la Orden del CAL bajo la modalidad “Individual”

De esta manera, las barreras burocráticas antes mencionadas fueron declaradas ilegales por contravenir los artículos 44.1 y 45.1 de la Ley N° 27444 en tanto no fueron determinadas en función de los costos en los que verdaderamente incurre el CAL para la incorporación de profesionales.

Respecto del alcance de la presente resolución, al tratarse de un procedimiento iniciado de oficio, se dispone la publicación de un extracto de la misma en el Diario Oficial El Peruano para conocimiento de los ciudadanos, agentes económicos y entidades interesadas.

En el caso en concreto podemos verificar que las barreras burocráticas declaradas ilegales y materializadas en el documento “Requisitos de incorporación”, difundido a través del portal web del CAL, afectan a un sinnúmero de profesionales del Derecho que deseen incorporarse al CAL.

³² Expediente N° 00321-2016/CEB

Es decir, al encontrarse publicadas en un documento que se difunde en la página web del CAL, la misma que es de libre acceso, y que se encuentra dirigida a todo aquel profesional que desee afiliarse al CAL, es lógico deducir que afecta a número indeterminado de personas.

Siendo ello así, podemos afirmar que los efectos jurídicos que produce la barrera burocrática materializada en la actuación material son similares a los producidos por las disposiciones administrativas, es decir, son de tipo general y abstracto motivo por el cual la barrera burocrática podría ser inaplicada con efectos generales.

Desafortunadamente, debido a que nuestro ordenamiento jurídico actual no permite la inaplicación con efectos generales de barreras burocráticas contenidas en actuaciones materiales, lo anterior no ha podido ser posible.

- Segundo caso: Se encuentra vinculado a la denuncia presentada por Unión de Cervecerías Peruana Backus y Johnston (en adelante, “Backus”) contra la Municipalidad Metropolitana de Lima (en adelante, la “MML”) y la Municipalidad Distrital de La Molina (en adelante, la “Municipalidad de La Molina”) por la imposición de barreras burocráticas aparentemente ilegales y/o carentes de razonabilidad.

En ese sentido, con fecha 14 de febrero de 2020, a través de la Resolución N° 0062-2020/CEB-INDECOPI³³, la CEB declaró barrera burocrática ilegal la siguiente medida impuesta por la Municipalidad de La Molina y materializada en los carteles informativos instalados por dicho órgano de gobierno local en la vía pública:

- i. La restricción horaria entre 06:00 a 21:00 horas para la circulación de vehículos de transporte de carga y/o mercancías, cuyo peso bruto vehicular combinado supere las 6.5 toneladas, dentro del perímetro comprendido

³³ Expediente N° 000235-2019/CEB

entre la Avenida Los Ingenieros, la Avenida Separadora Industrial, la Vía de Evitamiento, la Avenida Las Palmeras y la Avenida Javier Prado.

La CEB resolvió lo anterior debido a que concluyó que la medida calificada como barrera burocrática contravenía lo dispuesto en la Segunda Disposición Complementaria, Transitoria y Final y la Novena Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ordenanza N° 1682-MML³⁴, así como el artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444 toda vez que la Sub Gerencia de Infraestructura de Transportes, órgano de línea de la Gerencia de Transporte Urbano de la MML, no contaba con competencias legalmente otorgadas para emitir, por sí misma, la medida objeto de cuestionamiento.

Sobre el alcance de la resolución en cuestión, la CEB dispuso que, en aplicación del artículo 10 del DL 1256, la presente barrera burocrática sea inaplicada de manera concreta a favor de Backus.

Del caso en mención podemos colegir que si bien la barrera burocrática proclamada ilegal solo fue denunciada por Backus, e inaplicada solo respecto de dicha empresa, ello no significa que Backus sea el único perjudicado por los efectos jurídicos que la medida despliega.

Nos explicamos. Al encontrarse ubicados en la vía pública los carteles informativos que contienen a la barrera burocrática, podemos inferir que ésta afecta a todo administrado y/o agente económico que cuente con vehículos de transporte de carga y/o mercancías, cuyo peso bruto vehicular supere las 6.5 toneladas, y que desee transitar dentro del perímetro comprendido entre la Avenida Los Ingenieros, la Avenida Separadora Industrial, la Vía de Evitamiento, la Avenida Las Palmeras y la Avenida Javier Prado.

Así, podemos concluir que la barrera burocrática contenida en el cartel informativo produce efectos jurídicos generales y abstractos, ya que no solo afecta

³⁴ Ordenanza que regula la prestación del servicio de transporte de carga y/o mercancías de la provincia de Lima Metropolitana

a Backus, por lo que hubiera sido deseable su inaplicación con efectos generales a todos aquellos perjudicados, real o potencialmente, por tal medida.

- Tercer caso: Se refiere a la denuncia presentada por Torres Unidas del Perú S.R.L. (en adelante, “Torres Unidas”) contra la Municipalidad Distrital de San Borja (en adelante, “Municipalidad de San Borja”) por la imposición de barreras burocráticas posiblemente ilegales y/o carentes de razonabilidad.

Así, con fecha 03 de diciembre de 2019, mediante Resolución N° 0573-2019/CEB-INDECOPI³⁵, la CEB declaró barreras burocráticas ilegales las siguientes medidas impuestas por la Municipalidad de San Borja y contenidas en el Acta de Paralización N° 062-2019-MSB-GM-GMAOP-OUPIM/MPH:

- i. La exigencia de “sensibilizar previamente a los vecinos de la zona” como condición para la instalación de una infraestructura de telecomunicaciones denominada SMALL CELL ANDREAS VESALIO ubicada en el Jirón Vesalio y la Calle Redi
- ii. La exigencia de identificar una “mejor zona” como condición para la instalación de una infraestructura de telecomunicaciones denominada SMALL CELL ANDREAS VESALIO ubicada en el Jirón Vesalio y la Calle Redi
- iii. La exigencia de que se efectúe una “inspección de campo” como condición para la instalación de una infraestructura de telecomunicaciones denominada SMALL CELL ANDREAS VESALIO ubicada en el Jirón Vesalio y la Calle Redi

La ilegalidad de dichas exigencias radica en la contravención al principio de legalidad establecido en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444 toda vez que las medidas expuestas preliminarmente constituyen condiciones adicionales a las previstas en el artículo 7 de la Ley N° 29022³⁶.

³⁵ Expediente N° 000200-2019/CEB

³⁶ Ley para el Fortalecimiento de la Expansión de Infraestructura en Telecomunicaciones

Así, tomando en consideración lo decretado en el artículo 10 del DL 1256, la CEB declaró la inaplicación al caso en concreto de las barreras burocráticas proclamadas ilegales, es decir, solo para el caso de Torres Unidas.

Sobre el caso en particular, podemos inferir que la barrera burocrática materializada en el Acta de Paralización N° 062-2019-MSB-GM-GMAOP-OUPIM/MPH, a diferencia de los casos previamente expuestos, no afecta a un número indeterminado de administrados sino tan solo a Torres Unidas.

De los hechos del caso se desprende que el Acta de Paralización, a través de la cual la Municipalidad de San Borja le realiza observaciones a la empresa de telecomunicaciones y le exige nuevos requisitos, tiene como único destinatario a Torres Unidas.

Siendo ello así, no podemos afirmar que el presente caso se trate de una actuación material que produce efectos jurídicos generales sino que, por el contrario, se refiere a una actuación material que despliega las mismas consecuencias que un acto administrativo, es decir, consecuencias jurídicas de tipo individual sobre un administrado en particular.

Por tal motivo, consideramos que la decisión emitida por la CEB ha sido la correcta puesto que en el presente caso, debido al tipo de actuación material, solo es posible la inaplicación al caso en concreto y no una con efectos generales.

- Cuarto caso: Se encuentra vinculado a la denuncia interpuesta por la empresa BTS Towers de Perú S.A.C. (en adelante, “BTS Towers”) contra la Municipalidad Distrital de Villa El Salvador (en adelante, “Municipalidad de VES”) por la imposición de barreras burocráticas probablemente ilegales y/o carentes de razonabilidad.

Siendo ello así, con fecha 18 de febrero de 2020, a través de la Resolución N° 0069-2020/CEB-INDECOPI³⁷, la CEB resolvió declarar barrera burocrática ilegal

³⁷ Expediente N° 000308-2020/CEB

la siguiente medida impuesta por la Municipalidad de VES y materializada en el Acta de Fiscalización N° 010007:

- i. El impedimento de continuar con la instalación de una estación de radiocomunicación en la berma central de la Avenida Mariano Pastor Sevilla cruce con la Avenida José Olaya Balandra pese a contar con autorización de la MML

La decisión adoptada por la CEB se sustenta en que, de acuerdo con los artículos 6 y 16 de la Ley N° 30477³⁸, es la MML la entidad que cuenta con atribuciones para autorizar y fiscalizar la ejecución de obras de servicios de telecomunicaciones en las vías metropolitanas que integran la red vial metropolitana, como la Avenida Mariano Pastor Sevilla y la Avenida José Olaya Balandra, y no la Municipalidad de VES. En ese sentido, la Municipalidad de VES excedió sus competencias y, en consecuencia, vulneró el principio de legalidad dispuesto en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

Por todo lo anterior, además de declarar barrera burocrática ilegal la medida previamente mencionada, la CEB resolvió inaplicar la misma al caso en concreto, es decir, solo a favor de BTS Towers.

En el caso en particular, al igual que en el tercer suceso, el tipo de actuación material en el cual se encuentra contenida la barrera burocrática declarada ilegal es una que produce efectos jurídicos individuales que afectan a un administrado determinado.

Así, el Acta de Fiscalización N° 010007, expedida por la Municipalidad de VES, mediante la cual se le impidió al administrado continuar con el proceso de instalación de una estación de radiocomunicación en la berma central de la Avenida Mariano Pastor Sevilla cruce con la Avenida José Olaya Balandra, fue dirigida exclusivamente a BTS Towers.

³⁸ Ley que regula la ejecución de obras de servicios públicos autorizadas por las municipalidades en las áreas de dominio público

En ese sentido, nos mostramos de acuerdo con la decisión adoptada por la CEB de inaplicar la barrera burocrática al caso en concreto ya que, debido a la naturaleza del tipo de actuación material en la que la misma se encuentra materializada, es imposible su inaplicación con efectos generales.

Por todo lo antes expuesto, podemos concluir que, a diferencia de lo sucedido con los actos administrativos y las disposiciones administrativas, el DL 1256 no establece qué tipo de efectos jurídicos producen las actuaciones materiales en las cuales se encuentran contenidas las barreras burocráticas.

Por tal motivo, nos hemos remitido a los casos resueltos por la CEB desde el 2016 y hemos verificado que, dependiendo del tipo de actuación material, ésta puede producir efectos jurídicos individuales o generales. En ese sentido, concordamos con la reforma legislativa sugerida por el Proyecto de Ley que dispone la inaplicación con efectos generales de barreras burocráticas contenidas en actuaciones materiales cuando corresponda.

3.3. Segunda modificación: Sobre la extensión del mandato de inaplicación con efectos generales de barreras burocráticas ilegales materializadas en disposiciones administrativas a todas las entidades de la Administración Pública a nivel nacional

Tal y como se ha comentado de manera preliminar, en la actualidad nuestro ordenamiento jurídico contempla la posibilidad de inaplicar barreras burocráticas declaradas ilegales materializadas en disposiciones administrativas con efectos generales.

Al respecto, es importante destacar que esta nueva facultad recientemente otorgada al INDECOPI solo se produce respecto de la entidad de la Administración Pública que forma parte del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas, es decir, los efectos de la resolución inaplicada con efectos generales solo beneficiarán a otro administrado y/o agente económico que denuncie la misma barrera burocrática impuesta por la misma entidad.

Así, en caso exista una barrera burocrática similar materializada en una disposición administrativa emitida por una entidad de la Administración Pública distinta, los efectos de la resolución previamente inaplicada con efectos generales ya no beneficiarían a este nuevo administrado y/o agente económico debido a que se trata de una barrera burocrática impuesta por una entidad diferente.

Siendo ello así, el Proyecto de Ley propone modificar lo antes mencionado y hacer extensivo el mandato de inaplicación con efectos generales de barreras burocráticas ilegales materializadas en disposiciones administrativas a todas las entidades de la Administración Pública a nivel nacional.

Nos explicamos. De acuerdo con la exposición de motivos del Proyecto de Ley, los autores sostienen que han advertido una deficiencia en el artículo 8 del DL 1256 que relativiza la efectividad de los pronunciamientos de la agencia de la competencia en materia de eliminación de barreras burocráticas y que limita la facultad de inaplicación con efectos generales que le ha sido atribuida.

En ese sentido, los autores del Proyecto de Ley señalan que:

[...] la declaración de ilegalidad e inaplicación general del INDECOPI a una barrera burocrática materializada en una disposición administrativa municipal únicamente tiene alcance general dentro del ámbito territorial de la Municipalidad que impuso dicha barrera burocrática, mas no alcanza a las demás Municipalidades o entidades públicas de otros niveles de gobierno que impongan la misma barrera burocrática [...] (2018: 4).

Por tal motivo, el Proyecto de Ley sugiere modificar el artículo 8 del DL 1256, relativo a la inaplicación con efectos generales de barreras burocráticas ilegales materializadas en disposiciones administrativas, y ampliar el mandato de inaplicación a la mayor cantidad de entidades posibles.

Sobre el particular, compartimos que la propuesta legislativa solo promueva la extensión del mandato de inaplicación con efectos generales respecto de barreras burocráticas declaradas ilegales y no sobre aquellas carentes de razonabilidad porque, como se ha mencionado anteriormente, el examen de legalidad es uno de carácter general que tiene por objetivo evaluar el origen de la disposición administrativa.

Mientras que, el examen de razonabilidad es uno de tipo específico cuyo resultado dependerá de las particularidades que presente cada disposición administrativa en cada una de las situaciones en las que le sea impuesta al administrado y/o agente económico.

Por el contrario, nos encontramos en desacuerdo con que se haga extensivo el mandato de inaplicación con efectos generales para todas las entidades de la Administración Pública a nivel nacional puesto que ello no guarda relación con las razones que sustentan el Proyecto de Ley.

Según la exposición de motivos, la razón principal por la cual se plantea este cambio es porque se ha detectado que son las municipalidades las entidades que imponen el mayor número de barreras burocráticas a nivel nacional y no cualquier otra entidad de la Administración Pública.

Asimismo, en la exposición de motivos se critica principalmente a las ordenanzas municipales como forma de materialización de barreras burocráticas ya que, debido a su característica de territorialidad, no logran beneficiar al máximo de administrados y/o agentes económicos.

Es por ello que consideramos que la ampliación del mandato de inaplicación con efectos generales solo debe realizarse respecto de todos los órganos de gobierno local a nivel nacional mas no sobre el universo de entidades de la Administración Pública.

Siendo lo anterior, con la finalidad de emitir una opinión debidamente sustentada, a continuación analizaremos el marco normativo actual referente al análisis de legalidad de barreras burocráticas que efectúa el INDECOPI para examinar en qué supuestos es posible la extensión del mandato de inaplicación con efectos generales.

Como parte de la labor de eliminación de barreras burocráticas que le ha sido encomendada al INDECOPI, el DL 1256 establece una metodología de análisis que deberá desarrollar la CEB o la Sala a efectos de evaluar la legalidad y/o razonabilidad de la medida denunciada.

En ese sentido, la metodología de análisis de barreras burocráticas se encuentra compuesta por dos tipos de evaluaciones: el análisis de legalidad y el análisis de razonabilidad. Ya que la propuesta legislativa solo comprende a las barreras burocráticas declaradas ilegales, líneas siguientes solo nos ocuparemos del análisis de legalidad establecido en el DL 1256.

El análisis de legalidad de barreras burocráticas evalúa tres aspectos. El primero de ellos se encuentra relacionado con la competencia de la entidad para imponer la barrera burocrática, es decir, se verifica si la entidad cuenta o no con atribuciones legales para aplicar la barrera denunciada.

El segundo aspecto se refiere al procedimiento formal y/o cumplimiento de las formalidades necesarias que debe llevar a cabo la entidad de la Administración Pública para la expedición de la disposición administrativa en la cual se materializa la barreras burocrática.

Finalmente, el tercer aspecto alude a una evaluación de fondo que realiza la CEB o la Sala para determinar si a través de la imposición de la barrera burocrática se contravienen normas y/o principio de simplificación administrativa o cualquier otros dispositivo legal.

Teniendo en cuenta lo anterior, hemos analizado cada uno de los supuestos evaluados por INDECOPI en el examen de legalidad y hemos concluido que es posible la implementación de la segunda reforma normativa planteada por el Proyecto de Ley, pero solo en determinados casos.

Así, en primer lugar, somos de la opinión de que sí es posible la extensión del mandato de inaplicación con efectos generales a nivel nacional, solo respecto de órganos de gobierno local, cuando la barrera burocrática sea declarada ilegal por falta de competencia de la municipalidad.

Nos explicamos. Al igual que en el acápite anterior, en esta oportunidad nos hemos remitido a los casos resueltos por INDECOPI y hemos podido comprobar que en los

casos en los cuales se declara barrera burocrática ilegal por incompetencia del órgano de gobierno local denunciado, se podrá inaplicar con efectos generales la barrera burocrática puesto que si una municipalidad no es competente tampoco lo será otra que desee exigir la misma medida.

Así, dado que todas las municipalidades pertenecen a un mismo nivel y cuentan con las mismas atribuciones, conferidas por la Constitución Política y la Ley Orgánica de Municipalidades, es claro que si una de ellas no detenta funciones para imponer determinada barrera burocrática, tampoco lo tendrá otra entidad del mismo tipo y nivel que pretenda requerir el mismo mandato.

Para una mayor ilustración, a continuación exponemos dos casos en los que se podrá corroborar nuestro razonamiento.

- Primer caso: Se refiere a la denuncia interpuesta por la empresa Transformaciones de Cobre S.A.C. (en adelante, “Transformaciones de Cobre”) contra la Municipalidad Distrital de Vista Alegre (en adelante, “Municipalidad de Vista Alegre”) por la imposición de barreras burocráticas presuntamente ilegales y/o carentes de razonabilidad.

Así, con fecha 28 de noviembre de 2007, mediante Resolución N° 0264-2007/CAM-INDECOPI³⁹, la CAM declaró barrera burocrática ilegal la exigencia de contar con una autorización para la instalación y/o funcionamiento de plantas minero metalúrgicas en el distrito de Vista Alegre materializada en la Ordenanza N° 007-2007-A-MDVA, expedida por la Municipalidad de Vista Alegre.

La CAM resolvió lo anterior debido a que el ordenamiento jurídico no faculta a las municipalidades a exigir autorizaciones de funcionamiento tomando como sustento criterios distintos a la calificación del uso del suelo o la organización de espacio físico del ámbito urbano del distrito.

³⁹ Expediente N° 000060-2007/CAM

Así, resalta que es el otorgamiento de una concesión minera la que autoriza al particular que ha obtenido la misma a desarrollar la actividad minera correspondiente y al funcionamiento de la planta que ha instalado para tal efecto.

En ese sentido, se señala que, de acuerdo al artículo 38 del Decreto Supremo N° 018-92-EM⁴⁰, es la Dirección General de Minería, órgano técnico normativo del Ministerio de Energía y Minas, la autoridad competente para el otorgamiento de las concesiones y para la aprobación de la instalación y funcionamiento de la planta minera.

Siendo lo anterior, la resolución en mención declaró la inaplicación al caso en concreto de la barrera burocrática declarada ilegal, es decir, la inaplicación de la exigencia materializada en la Ordenanza N° 007-2007-A-MDVA solo a favor de Transformaciones de Cobre.

En el presente caso, podemos constatar que la Municipalidad de Vista Alegre no es competente para exigir una autorización para funcionamiento de planta minera pues dicha atribución solo le corresponde única y exclusivamente al Ministerio de Energía y Minas, específicamente, a la Dirección General de Minería.

Así, en el supuesto de que cualquier otra municipalidad a nivel nacional vuelva a imponer la misma barrera burocrática, el INDECOPI volverá a declararla ilegal ya que, como se acaba de mencionar, la facultad solo le corresponde al Ministerio de Energía y Minas.

Por lo anterior, consideramos que en el caso en particular sería interesante y novedoso aplicar la extensión del mandato de inaplicación con efectos generales con la finalidad de evitar que, en el futuro, cualquier otra municipalidad intente exigir una medida similar a la ya declarada barrera burocrática ilegal.

- Segundo caso: Se encuentra vinculada a la denuncia presentada por Inretail Pharma S.A. (en adelante, “Inretail Pharma”) contra la Municipalidad Provincial

⁴⁰ Reglamento de Procedimientos Mineros

de Chiclayo (en adelante, la “Municipalidad de Chiclayo”) por la imposición de barreras burocráticas probablemente ilegales y/o carentes de razonabilidad.

En ese sentido, con fecha 19 de noviembre de 2018, la Sala expidió la Resolución N° 371-2018/SEL-INDECOPI⁴¹ a través de la cual decidió calificar como barrera burocrática ilegal a la exigencia de contar con un certificado de salubridad de vigencia anual como condición para continuar con el desarrollo de actividades económicas en establecimientos farmacéuticos

Cabe destacar que la barrera burocrática aludida se encontraba materializada en las Resoluciones de Gerencia de Seguridad Ciudadana y Fiscalización N° 3542-2016-MPCH-GSCF, 3541-2016- MPCH-GSCF, 7935-2015- MPCH-GSCF, 8704-2015- MPCH-GSCF y 2347-2016- MPCH-GSCF.

La decisión antes mencionada tuvo como sustento la contravención al artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1161⁴² y al artículo 123 de la Ley N° 26842⁴³ toda vez que la Municipalidad de Chiclayo no es la entidad competente para exigir el certificado de salubridad para establecimientos farmacéuticos sino que, por el contrario, es el Ministerio de Salud quien goza de facultades exclusivas para acreditar dicho tipo de establecimientos.

Siendo ello así, en este caso, al igual que en el anterior, sería aplicable la ampliación del mandato de inaplicación con efectos generales ya que ayudaría a evitar que en el futuro cualquier otra municipalidad requiera un mandato similar atribuyéndose competencias que son exclusivas del Ministerio de Salud.

Por otro lado, consideramos que también es posible la extensión del mandato de inaplicación con efectos generales a nivel nacional, solo respecto de órganos de gobierno local, cuando la barrera burocrática sea declarada ilegal por contravenir normas nacionales.

⁴¹ Expediente N° 0005-2016/CEB-INDECOPI-LAM

⁴² Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Salud

⁴³ Ley General de Salud

Nos explicamos. Nuestro ordenamiento jurídico se encuentra conformado por distintos tipos de normas. Así, algunos dispositivos legales son de aplicación en todo el territorio nacional y otros solo son obligatorios dentro de una circunscripción geográfica determinada. Cabe destacar, que esto último se encuentra vinculado a la forma de gobierno y organización territorial adoptado por nuestro Estado.

Siendo ello así, existirán normas cuyo cumplimiento solo será exigible en determinados territorios, como aquellas emitidas por una municipalidad dentro de su jurisdicción, y otras que serán de aplicación en todo el territorio nacional sin importar en qué parte de él se encuentre, como las expedidas por el Congreso de la República o el Poder Ejecutivo.

Así, por ejemplo, en el supuesto de que una municipalidad exija una medida que constituye barrera burocrática y contraviene una norma nacional, la misma siempre será declarada ilegal por el INDECOPI sin importar que municipalidad la exija ya que siempre vulnerará la norma nacional.

Es por ello que consideramos que en casos como este se puede permitir la ampliación del mandato de inaplicación con efectos generales a todas las municipalidades a nivel nacional.

Líneas siguientes expondremos un par de casos que ilustran lo mencionado de manera preliminar:

- Primer caso: Se refiere a la investigación de oficio iniciada por la Secretaría Técnica contra la Municipalidad Distrital de La Perla (en adelante, la “Municipalidad de La Perla”) con la finalidad de verificar que las disposiciones emitidas por dicha entidad se encuentren acorde con la normativa vigente.

Así, con fecha 18 de abril de 2017, la CEB, mediante Resolución N° 0219-2017/CEB-INDECOPI⁴⁴, declaró barrera burocrática ilegal la exigencia de contar con un carné de sanidad para todas aquellas personas que brinden atención al

⁴⁴ Expediente N° 00086-2017/CEB

público y/o manipulen alimentos materializada en los artículo 1, 8, 11 y 14 de la Ordenanza N° 003-2004-MDLP, así como en la Ordenanza N° 020-2008-MDLP expedidas por dicha municipalidad.

La ilegalidad de la medida antes aludida radica en que contraviene el artículo 13 de la Ley N° 26842 a través de la cual se dispone que ninguna autoridad pública podrá exigir a las personas carnés de sanidad para el desarrollo de actividades de producción, comercio o afines.

En ese sentido, de conformidad con el artículo 8 del DL 1256, la CEB decidió inaplicar con efectos generales la barrera burocrática antes aludida por contravenir el ordenamiento jurídico.

Al respecto, nos encontramos ante una norma como la Ley N° 26842 que es de aplicación en todo el territorio nacional. Así, cualquiera sea la municipalidad que exija una medida que la contravenga, esta va a ser declarada ilegal por contravenir el ordenamiento jurídico nacional.

- Segundo caso: Se encuentra vinculado a la denuncia presentada por Transportes y Almacenamiento de Líquidos S.A. (en adelante, “TALSA”) contra la Municipalidad Provincial del Callao (en adelante, “Municipalidad del Callao”) por la imposición de barreras burocráticas presuntamente ilegales y/o carentes de razonabilidad.

En ese sentido, con fecha 11 de junio de 2020, la Sala expidió la Resolución N° 0095-2020/SEL-INDECOPI⁴⁵ a través de la cual decidió calificar como barrera burocrática ilegal a la exigencia de que la redención en dinero de aportes reglamentarios para otros fines y parque zonales que deben efectuar los titulares o responsables de las habilitaciones urbanas con fines industriales se realice en función a la valorización comercial de las áreas, materializada en el artículo 12.2.2. de la Ordenanza N° 010-2018⁴⁶ expedida por la Municipalidad del Callao.

⁴⁵ Expediente N° 00317-2018/CEB-INDECOPI

⁴⁶ Ordenanza que aprueba el Régimen de los Aportes Reglamentarios para las Habilitaciones Urbanas en la Provincia Constitucional del Callao

La decisión antes mencionada tuvo como sustento la contravención al artículo 27 de la norma GH.020, aprobada por el artículo 1 del Decreto Supremo N° 011-2006-VIVIENDA⁴⁷ toda vez que la redención en dinero de los aportes reglamentarios en las habilitaciones urbanas se debe calcular en función al valor de tasación arancelaria.

Siendo ello así, además, la Sala resolvió inaplicar con efectos generales la barrera burocrática declarada ilegal impuesta por la Municipalidad del Callao de acuerdo con lo establecido en el artículo 10 del DL 1256.

Al igual que en el caso anterior, el Reglamento Nacional de Edificaciones es una norma nacional por lo que, cualquiera sea la municipalidad que imponga una exigencia que la vulnere, la misma será declarada ilegal. En ese sentido, consideramos que en este caso debería hacerse extensiva la inaplicación con efectos generales.

Por todo lo antes expuesto, podemos concluir que, respecto de la primera modificación normativa sugerida por el Proyecto de Ley, nos encontramos de acuerdo ya que, según los casos resueltos por la CEB, existen determinados tipos de actuaciones materiales que producen consecuencias jurídicas generales por lo que corresponde que sean inaplicados con efectos generales.

En cuanto a la segunda propuesta legislativa, consideramos que la ampliación del mandato de inaplicación con efectos generales no debe producirse respecto de todas las entidades a nivel nacional sino tan solo respecto de las municipalidades. Asimismo, dicha extensión solo podrá ser posible en dos casos: (i) cuando la barrera burocrática sea ilegal por incompetencia de la municipalidad que la exige y (ii) cuando la barrera burocrática sea ilegal por vulnerar normas nacionales.

⁴⁷ Reglamento Nacional de Edificaciones

4. CONCLUSIONES

- De acuerdo con el artículo 8 del DL 1256, el INDECOPI, específicamente la CEB y la Sala, cuenta con facultades para inaplicar con efectos generales barreras burocráticas declaradas ilegales contenidas en disposiciones administrativas expedidas por entidades de la Administración Pública.
- Con fecha 30 de mayo de 2019, se presentó ante la Comisión de de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera del Congreso de la República el Proyecto de Ley, el mismo que propone modificar el artículo 8 del DL 1256 referido a la inaplicación con efectos generales.
- La primera de las modificaciones normativas se encuentra vinculada a la inaplicación con efectos generales de barreras burocráticas declaradas ilegales contenidas en actuaciones materiales. Al respecto, coincidimos con la propuesta legislativa en tanto existen tipos de actuaciones materiales que producen efectos jurídicos generales y que, en consecuencia, pueden ser inaplicados con efectos generales.
- La segunda reforma legislativa planteada por el Proyecto de Ley hace referencia a la extensión del mandato de inaplicación con efectos generales de barreras burocráticas ilegales materializadas en disposiciones administrativas a todas las entidades de la Administración Pública a nivel nacional. Sobre el particular, somos de la opinión que la ampliación no debe postularse para el universo de entidades sino tan solo para las municipalidades ya que son éstas las que motivaron la presentación del Proyecto de Ley.
- Además, consideramos que dicha ampliación del mandato de inaplicación con efectos generales solo se podrá lograr en dos supuestos: (i) cuando la barrera burocrática contenida en una disposición administrativa sea declarada ilegal por falta de competencia de la municipalidad que la impone, y (ii) cuando la barrera burocrática materializada en una disposición administrativa sea considerada ilegal por contravenir normas de carácter nacional.

- Por todo lo antes expuesto, coincidimos parcialmente con el Proyecto de Ley por lo que, luego de que se le modifique de acuerdo a lo expuesto en el presente trabajo, consideramos debe ser aprobada por el Pleno del Congreso de la República.



5. BIBLIOGRAFÍA

BULLARD GONZÁLES, Alfredo

2001 “El INDECOPI: ¿Por qué no es un organismo regulador?”. *Advocatus*. Lima, número 5, pp. 251 – 259. Consulta: 18 de diciembre de 2020.

<https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/2322>

CASSAGNE, Juan Carlos

20002 *Derecho Administrativo*. Séptima edición. Buenos Aires: Lexis Nexis Abeledo-Perrot.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

2018 *Proyecto de Ley N° 4407/2018-CR*. Proyecto de ley de eficiencia económica por simplificación y reducción de costos administrativos. Lima. Consulta: 18 de diciembre de 2020.

http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0440720190530.pdf

DANÓS ORDOÑEZ, Jorge y otros

2017 *Informe sobre potestad de Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas de inaplicar normas con alcance general. Carta de Compromiso de Contratación N° 0002-2017*. Lima.

DE SOTO, Hernando

1987 *El otro sendero*. México: Editorial Diana. Consulta: 18 de diciembre de 2020.

<https://estudiosdemograficosyurbanos.colmex.mx/index.php/edu/article/view/68>

[5](#)

DROMI, Roberto

1998 *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid: Grouz.

FERNÁNDEZ-BACA LLAMOSAS, Jorge

2006 “La negativa a estandarizar productos como barrera de acceso al mercado: la controversia entre AmBev y Backus”. *Ius Et Veritas*. Lima, número 33, pp. 185 – 192. Consulta: 18 de diciembre de 2020.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12349>

GORDILLO, Agustín

2013 *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*. Décimo primera edición. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.

2011 *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*. Décima edición. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.

GRUPO DE INVESTIGACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO

2020 *Régimen legal de la organización administrativa*. Consulta: 18 de diciembre de 2020.

GUZMÁN NAPURÍ, Christian

2012 “Las actuaciones impugnables en el Proceso Contencioso Administrativo peruano”. *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, número 11, pp. 109 – 119. Consulta: 18 de diciembre de 2020.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13549>

INDECOPI

2020a *Expediente N° 000317-2018/CEB*. Resolución: 11 de junio de 2020.

2020b *Expediente N° 000308-2020/CEB*. Resolución: 18 de febrero de 2020.

2020c *Expediente N° 000235-2019/CEB*. Resolución: 14 de febrero de 2020.

2019 *Expediente N° 000200-2019/CEB*. Resolución: 03 de diciembre de 2020.

2018 *Expediente N° 0005-2016/CEB-INDECOPI-LAM*. Resolución: 19 de noviembre de 2018.

- 2017a *Expediente N° 00086-2017/CEB*. Resolución: 18 de abril de 2017.
- 2017b *Expediente N° 000321-2016/CEB*. Resolución: 27 de enero de 2017.
- 2015a *Expediente N° 000147-2014/CEB*. Resolución: 19 de marzo de 2015. Consulta: 18 de diciembre de 2020.
https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/competencia_elim_barrer_buroc.seam
- 2015b *Expediente N° 000112-2014/CEB*. Resolución: 22 de enero de 2015. Consulta: 18 de diciembre de 2020.
<https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal.seam>
- 2013a *Expediente N° 0188-2012/CEB-INDECOPI*. Resolución: 17 de septiembre de 2013. Consulta: 18 de diciembre de 2020.
<https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal.seam>
- 2013b *Expediente N° 000098-2013/CEB-INDECOPI*. Resolución: 20 de septiembre de 2013. Consulta: 18 de diciembre de 2020.
https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/competencia_elim_barrer_buroc.seam
- 2013c *Expediente N° 0033-2013/CEB-INDECOPI*. Resolución: 31 de enero de 2013. Consulta: 18 de diciembre de 2020.
https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/competencia_elim_barrer_buroc.seam
- 2012 *Expediente N° 005-2010/CEB-INDECOPI-PIU*. Resolución: 30 de mayo de 2012. Consulta: 18 de diciembre de 2020.
<https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal.seam>
- 2008 *Expediente N° 00091-2007/CAM-INDECOPI*. Resolución: 25 de julio de 2008. Consulta: 18 de diciembre de 2020.

https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/competencia_elim_barrer_buroc.seam

2007 *Expediente N° 000060-2007/CAM*. Resolución: 28 de noviembre de 2007.

2001 *Expediente N° 000067-2001/CAM-INDECOPI*. Resolución: 25 de junio de 2001.

LINDLEY-RUSSO, Alfredo

2013 “Vigencia de la metodología de análisis de casos aplicada en materia de eliminación de barreras burocráticas (Redefiniendo los alcances del Precedente de Observancia Obligatoria sancionado por Resolución N° 182-97-TDC, a la luz de la Ley 27444)”. *Advocatus*. Lima, número 28, pp.467 – 486. Consulta: 18 de diciembre de 2020.

<https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/4221>

LUNA NEGRÓN, Lucía

2019 *Módulo Instruccional: “Eliminación de barreras burocráticas”*. Lima. Consulta: 18 de diciembre de 2020.

https://www.escuela-indecopi.edu.pe/images/publicaciones/pdf/MDULO_INSTRUCCIONAL_ELIMINACION_BARRERAS_BUROCRTICAS_PUBLICADO.pdf

MARAVÍ SUMAR, Milagros

2013 *Análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos: Eliminación de Barreras Burocráticas*. Lima: Colección por el Vigésimo Aniversario del Indecopi. Consulta: 18 de diciembre de 2020.

<https://repositorio.indecopi.gob.pe/handle/11724/4051/browse?type=author&value=Marav%C3%AD+Sumar%2C+Milagros>

MORÓN URBINA, Juan Carlos

2019 *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Décimo cuarta edición. Lima: Gaceta Jurídica.

OCHOA MENDOZA, Francisco

2014 “Fundamentos del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas”. *Revista de la Competencia y de la Propiedad Intelectual*. Lima, año 10, número 19, pp. 1 – 56. Consulta: 18 de diciembre de 2020.

<https://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/view/10>

RIZO PATRÓN, Javier y otros

2010 “La constitucionalidad de la competencia del Indecopi para inaplicar barreras burocráticas”. *Análisis Tributario*. Lima, número 274, pp. 18 – 24. Consulta: 18 de diciembre de 2020.

https://www.aele.com/analisis_tributario_noviembre_2010

SALAZAR CHÁVEZ, Ricardo

2009 “Las formas jurídicas administrativas y la contratación pública sobre bienes, servicios y obras”. *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, número 7, pp. 24 – 35. Consulta: 18 de diciembre de 2020.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14011>

SARDÓN, José Luis

2014 “Autonomía municipal y acceso al mercado”. En CISNEROS, Germán y Orlando VIGNOLO (editores). *Tratado del régimen municipal peruano y de derecho comparado*. Lima: Thomson Reuters, pp. 721 – 726. Consulta: 18 de diciembre de 2020.

https://works.bepress.com/jose_luis_sardon/115/

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2009 *Expediente N° 00014-2009-PI/TC*. Sentencia: 25 de agosto de 2010. Consulta: 18 de diciembre de 2020.

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00014-2009-AI.html>