

**Pontificia Universidad Católica del
Perú Facultad de Derecho**



PUCP

Programa de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo

**Incompetencia en la inaplicación de barreras burocráticas ilegales con efectos
generales**

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

AUTOR

David Alejandro Sánchez Vicuña

ASESORA:

Janeyri Boyer Carrera - Phd.

CÓDIGO DEL ALUMNO:

20083162

2020

RESUMEN

Los procedimientos de eliminación barreras burocráticas en la actualidad han ganado relevancia, al considerar la diversidad de barreras establecidas en las entidades de la Administración, las cuales influyen en la interacción realizada por el administrado. El Decreto Legislativo 1256, busca solucionar ello en su artículo 8, ante la inaplicación general de barreras burocráticas ilegales contenidas en disposiciones administrativas, evitando que la administración tenga que llevar a cabo procedimientos idénticos, a razón del fondo y la forma, variando tan solo por el administrado que lo solicitado. No obstante, tal competencia ejercida a través de mandatos de la CEB y la Sala al declarar la ineficacia de una disposición administrativa, conlleva el mismo efecto – la ineficacia de la norma vigente – al dado en las competencias exclusivas reconocidas a los jueces, de poder un control concentrado y con ello, llevar a cabo derogaciones o nulidades, que al fin de cuentas, genera la ineficacia con efectos generales de la norma cuestionada. Es el poder determinar si se atenta contra la competencia de los jueces y con ello, el considerar si el artículo 8 del Decreto Legislativo 1256 es inconstitucional, lo que permite establecer si se puede considerarse como tal, ante la vulneración dada por medio el control de legalidad ejercido por la CEB y la Sala, frente a las competencias otorgadas por la Constitución a los jueces en poder generar ineficacia con efectos generales en las disposiciones. En ese sentido, si bien es admisible el que la CEB y la Sala puedan ejercer un control de legalidad, mas es el efecto de ello – similar al dado en la derogación y la nulidad en sus procedimientos respectivos– es lo que vulnera la Constitución, al reconocer y atribuir una competencia que es exclusiva de los jueces del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional

ESQUEMA

| | |
|--|----|
| Introducción | |
| 1. El Acto Administrativo | 2 |
| 1.1. Naturaleza Jurídica del Acto Administrativo | 2 |
| 1.1.1. El Acto Administrativo en el TUO de la LPAG | 3 |
| 1.1.1.1. Elementos del Acto Administrativo | 4 |
| 1.2. Actos administrativos de efectos individuales y actos administrativos de efectos generales | 5 |
| 1.2.1. Actos administrativos con efectos generales y actos normativos | 8 |
| 1.2.2. Poder público de la CEB y la Sala a través del acto administrativo | 9 |
| 1.2.2.1. Ordenanzas Municipales y Regionales | 10 |
| 1.2.2.2. Reglamentos | 11 |
| 2. Procedimiento de Eliminación de Barreras Burocráticas | 11 |
| 2.1. Naturaleza Jurídica del Procedimiento de Eliminación de Barreras Burocráticas .. | 12 |
| 2.1.1. Fundamentos del Procedimiento de Eliminación de Barreras Burocráticas | 14 |
| 2.1.1.1. Derecho a la Libre Iniciativa Privada y a la Libertad de empresa | 14 |
| 2.1.1.2. Derecho de petición | 15 |
| 2.1.1.2.1. Simplificación administrativa en el TUO de la LPAG | 16 |
| 2.2. Metodología de Inaplicación de Barreras Burocráticas | 17 |
| 2.2.1. El control de legalidad en las barreras burocráticas ilegales | 18 |
| 2.2.1.1. Contraste con el control constitucional | 20 |
| 2.3. Mandatos de inaplicación con efectos generales en barreras burocráticas ilegales en disposiciones administrativas | 22 |
| 2.4. ¿Inconstitucionalidad del Decreto Legislativo 1256? | 23 |
| 3. ¿Incompetencia o competencia debida de la CEB y la Sala en la declaración de ilegalidad con efectos generales en disposiciones administrativas? | 26 |
| 3.1. Contraste en el control de legalidad del juez y la CEB en disposiciones administrativas | 27 |
| 3.2. Inaplicación de disposiciones al margen del recurso de acción popular | 30 |
| 3.2.1. Infracción indirecta en el marco de la acción popular | 32 |

| | |
|---|----|
| 3.2.2. Similitud en la inaplicación de disposiciones administrativas ante el control ejercido por la acción de inconstitucionalidad | 33 |
| 3.3. Propuesta ante la incompetencia de la CEB y la Sala | 35 |
| Conclusiones | 36 |
| Bibliografía | 3 |



INTRODUCCIÓN

El Decreto Legislativo 1256, a resultado un avance determinante en la estructuración de los procedimientos de eliminación de barreras burocráticas, cuyos objetivos aseguran el derecho a libre iniciativa privada, la libertad de empresa y el velar por el cumplimiento de los principios y normas de simplificación administrativa, evitando la imposición de trabas o medidas similares que delimiten de manera nociva el rubro económico de nuestro Estado. Es precisamente considerando ello, que la norma referida a brindado importantes avances logrando una concretización de normas antes dispersas.

Es el artículo 8 del Decreto Legislativo 1256, lo que ha supuesto uno de aquellos avances al permitir a la entidad, inaplicar con efectos generales barreras burocráticas ilegales en disposiciones administrativas. Una atribución importante, asegurado no solo la protección de los administrados frente las barreras burocráticas que forman parte del cotidiano coexistir sino también, asegurar un mayor dinamismo en los procedimientos frente a entidades.

La controversia y con ello objeto de investigación del presente trabajo, versa en la controversia en torno al efecto general en la inaplicación en disposiciones administrativas que resultan fuentes de derechos, ello considerado que la ineficacia generada por la inaplicación en las disposiciones, es propio de procedimientos reconocidos por la Constitución a los jueces en ejercicio de función jurisdiccional, como lo es la acción popular. Es a razón de ello, que surge la inquietud en determinar si esta novedad brindada en el Decreto Legislativo 1256, no resulta incompetente al manifestar atribuciones reconocidas a los jueces y ello de manera exclusiva en el ejercicio de la función jurisdiccional que ostenta. Hecho que como tal, puede devenir, en considerar inconstitucional la referida norma, en su artículo 8

Es buscando encontrar respuesta al objeto de la presente investigación, es que se a dividido el trabajo en tres secciones, mediante las cuales se busque determinar si la atribución reconocida al CEB y la Sala es competente y sin vulneración de por medio a lo establecido por la Constitución. La primera sección abarcara el acto admirativo, puesto es mediante su emisión que la CEB y la Sala, manifiestan la facultad de inaplicación de disposiciones administrativas. Una segunda sección, abarca un análisis sucinto del

Procedimiento de Eliminación de Barreras Burocráticas a razón del artículo 8 del Decreto Legislativo 1256, determinando la competencia y fundamentos de la inclusión, como el señalar, si puede considerarse inconstitucional la referida norma. Por último, el tercer capítulo contrastará la competencia otorgada a la CEB y la Sala en la inaplicación de con carácter general de barreras burocráticas ilegales en disposiciones administrativa frente a los procedimientos llevados a cabo por los jueces. Procedimientos, que de una u otra forma, generan efectos similares, como el control concentrado y sus manifestaciones en la acción popular y la acción inconstitucionalidad, estableciendo por último un ensayo de solución ante el sucedido.

1. EL ACTO ADMINISTRATIVO

El Decreto Legislativo 1256¹ otorga como facultad a la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (en adelante, la “CEB”) y la Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas del INDECOPI (en adelante, la “Sala”), el poder inaplicar con efectos generales una barrera burocrática ilegal contenida en una disposición administrativa. Serán las entidades de la Administración Pública, quienes podrán regular situaciones jurídicas abstractas dadas por normas jurídicas con rango inferior a la ley – reglamentos, entre otras - o normas con rango de ley - Ordenanzas Municipales o Regionales.

A razón de determinar la certeza de la atribución otorgada a la CEB y la Sala, es necesario realizar un análisis del acto administrativo, contemplado en el TUO de la LPAG, determinando si el efecto otorgado al acto administrativo en los mandatos de la CEB o la Sala, no exceden su atribución al adoptar competencias reconocidas a los jueces.

1.1. Naturaleza Jurídica del Acto Administrativo

La naturaleza jurídica del acto administrativo consiste en una manifestación unilateral y externa de voluntad de una entidad administrativa competente, conforme al derecho público, que expresa una decisión que genera efectos jurídicos en la esfera de los administrados. Una definición básica entre la variedad establecida a nivel doctrinario,

¹ Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas, publicada el 08 de diciembre de 2016.

puesto el pretender establecer una única noción y naturaleza jurídica, resultaría temerario, puesto “son admisibles tantas definiciones de acto administrativo como sistemas doctrinarios existan en el derecho público, y ellas serán válidas en cuanto armonicen dentro del sistema conceptual en que se les ubica” (Gordillo 2014:193).

Doctrinas como la judicialista, define al acto administrativo como la “...declaración de autoridad dictada por la Administración, que establece en el caso concreto lo que para el administrado es el Derecho” (Huapaya 2001:117). Por otro lado, doctrinas como la negocial, establece al acto administrativo como “cualquier declaración de voluntad, de deseo, de conocimiento o de juicio realizada por un sujeto de la Administración Pública en ejercicio de una potestad administrativa” (Huapaya 2001:117). En sí, doctrinas que permiten comprobar la diversidad de definiciones, careciendo de uno u otro elemento que son tomadas en consideración en el TUO de la LPAG, como lo es el generar efectos jurídicos al administrado u el establecer limitaciones, en lo que pueda considerarse acto administrativo.

1.1.1. El Acto Administrativo en el TUO de la LPAG

La emisión de actos administrativos, entre los que se encuentran el mandato de inaplicación de disposiciones administrativas con efectos generales de la CEB y la Sala, debe considerar la conceptualización establecida en nuestro ordenamiento, a fin de evitar vulnerarlo, atribuyendo competencias que le han sido otorgadas a otras entidades. Es por ello, que debe precisarse la definición adoptada en el TUO de LPAG:

“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.”

Nuestro ordenamiento ha optado por una noción amplia, similar a la doctrina negocial, estableciendo mayores precisiones, como lo que no es acto administrativo. Asimismo, deja entrever que es la declaración que parte de la propia voluntad de la Administración y que, al ser exteriorizada, como lo sería mediante un mandato de la CEB, genere efectos en esferas jurídicas diferentes a la entidad, lo que es el acto administrativo.

Sin perjuicio de lo señalado, es importante considerar la coexistencia de dos nociones de acto administrativo en nuestro ordenamiento, las cuales no resultan incompatibles, puesto tal como se ha referido, pueden coexistir diversas nociones a razón de las necesidades y el ordenamiento establecido. Por un lado, en sentido amplio, como toda declaración de voluntad emitida por la Administración Pública, que afecte la esfera jurídica de terceros y, por otro lado, la noción de acto administrativo en sentido estricto, con carácter regulador y decisorio, que ponen fin al procedimiento ante lo solicitado por los administrados. Es así, que la definición explícita en el TUO de la LPAG crea certeza en la postura adoptado por nuestros legisladores, debiendo ser considerada al momento de otorgarse competencias a diversas entidades.

1.1.1.1. Elementos del Acto Administrativo

Los elementos que constituyen en nuestro ordenamiento el acto administrativo permiten establecer diferencias, frente a otros tipos de manifestaciones de la actuación administrativa, debiendo ser actuados en armonía, a fin de permitir su adecuada manifestación.

Un primer elemento, consiste en que el acto debe proceder de una entidad de la Administración Pública. Ello por medio de un procedimiento administrativo, resultante de una manifestación del poder de imperio de derecho, en base a un reconocimiento establecido, evitando que el acto emitido, resulte de una arbitrariedad

Un segundo elemento, radica en la producción de efectos jurídicos al exterior, entendiéndose no recaen en la entidad que los emite sino en quienes los rodean, como pueden ser los administrados. Es así, que se busca "...que se produzca una declaración

de voluntad que innove el status jurídico del sujeto destinatario del acto” (Huapaya 2001:126), pudiendo ser a beneficio o detrimento.

Un tercer elemento, yace en que el acto sea dado respetando las normas de derecho público en base a la función administrativa reconocida a las entidades administrativas y no en sí, en quienes las originan. El TUO de la LPAG, establece que el Poder Judicial o el Legislativo e inclusive, empresas privadas, son legitimadas para ejercer actos en base a la potestad pública que se les reconoce en determinados aspectos.

Un cuarto elemento, consiste en efectos de manera directa que recaen sobre derechos, interés u obligaciones de los administrados como sujetos pasivos, entendiendo que es la forma de exteriorización del acto administrativo lo que repercutirá en la esfera jurídica, de un destinatario distinto a quien emite el acto.

Por último, el efecto es en una situación concreta y determinada, pudiendo ser no solo a un sujeto sino también a grupos específicos, puesto “... un acto también puede ser dirigido a un número incierto de personas, pero dentro de una situación jurídica administrativa perfectamente concreta (por ejemplo, convocatoria a una licitación pública, o a una audiencia pública)” (Morón 2019:194).

1.2. Actos administrativos de efectos individuales y actos administrativos de efectos generales

Establecer una sola categorización de actos administrativos, resulta sumamente complicado, ante la variedad de clasificaciones, que toman elementos objetivos y subjetivos, respecto a parámetros para de uno u otro modo, establecer diversas tipologías. Es así, en relación al objetivo del presente informe, que se hará mención de la tipología establecida en los actos administrativos con efectos concretos frente a los que cuentan con efectos generales. Distinción reconocida a nivel doctrinal, donde autores como el profesor Santamaría precisan “... los actos singulares tienen por destinatarios específicos a una o varias personas, identificadas nominativamente o por su pertenencia a un colectivo delimitable objetiva e inequívocamente; en tanto que los generales tienen por destinatarios a una pluralidad indeterminada de personas” (citado en Huapaya 2001:127).

La conceptualización del acto administrativo, en el numeral 1.1. del artículo 1 del TUO de la LPAG, es materializada con efectos concretos y de forma individual. Situación contraria en ordenamientos como el de Costa Rica, donde su Ley General de la Administración Pública, en su numeral 1 del artículo 120 señala “...los actos de la Administración se clasifican en externos e internos, según que vayan destinados o no al administrado; y en concretos y generales, según que vayan destinados o no a un sujeto identificado”. Al no establecer una distinción como tal, en nuestro TUO de la LPAG, se puede concluir que los efectos generales, entendidos como no dirigidos a algún administrado o grupo en particular, no han sido considerados o por lo menos, debidamente delimitados.

Autores como el profesor Guzmán, yendo más allá de la conceptualización establecida en el artículo 1 del TUO de LPAG y basados en el numeral 1.1 del artículo 23, consideran que el régimen de publicación de actos administrativos, valida los de efecto general. Afirmación dada, al considerar que la publicación en vía principal, puede darse en disposiciones de alcance general y en aquellos actos administrativos que interesan a un número indeterminado de administrados no apersonados al procedimiento y sin domicilio conocido. De tal forma, los actos administrativos de efectos generales encontrarían un sustento indirecto en el TUO de la LPAG.

A nivel doctrinario, los actos administrativos de efectos generales son considerados “... actuaciones administrativas adoptadas para aplicar las normas de carácter general cuyas regulaciones tienen como destinatarios a esa generalidad de personas que comprenden en sus supuestos...” (Zavalas 2012: 417 418). La diferencia con los actos administrativos individuales, yacería en que estos últimos, mantiene un destinatario individualizado, en contraste a una pluralidad de sujetos, conformado por un número indeterminado o determinados de sujetos. En relación a sus efectos, los actos administrativos individuales son dados a razón de notificaciones, caso contrario en los actos administrativos generales, donde las publicaciones son la vía principal puesto “...interesan a un número indeterminado de administrados pero que no se han apersona al procedimiento y siempre que no se tenga domicilio conocido” (Morón 2019: 200).

Los actos administrativos de efectos generales destacan al interesar a una pluralidad de destinatarios indeterminadas pero que resulten, identificadas o identificables, sin requerir

del elemento normativo para su desarrollo, puesto ello materializaría otro tipo de actuación administrativa. Es así, que los actos generales permiten a la Administración Pública ejercer sus efectos, no necesariamente en un grupo que fuese estrictamente determinado, puesto la Administración puede emitir un acto que genere una afectación más allá de un grupo determinado e identificado en su totalidad, pero cuyo efecto sea uno en concreto.

El no permite ello, negaría la posibilidad que la Administración genere efectos más allá de sujetos identificables y que participaran en un procedimiento en concreto, lo cual contrastaría, con manifestaciones como la reconocida en el numeral 1.1 del artículo 23 del TUO de la LPAG. Asimismo, actos administrativos generales se materializan frente a actuaciones como las dadas en una licitación pública, en donde el acto administrativo, manifiesta sus efectos en un grupo del cual se desconoce su magnitud – pudiendo abarcar un solo destinatario como una pluralidad, en cuanto cumpla determinados aspectos-, teniendo como uno de sus criterios identificables, el encontrarse en los parámetros solicitados para la contratación de bienes, servicios y obras.

En ese sentido, en el caso de los mandatos de inaplicación con efectos generales en barreras burocráticas materializadas disposiciones administrativas ilegales, el acto administrativo genera un efecto que va más allá de uno en concreto, puesto lo replicado a nivel general, en todos aquel que se encontrara en el mismo supuesto, sin necesidad de haber participado en el procedimiento. Un hecho que, como tal, puede ser dado a razón de la denuncia del afectado, o de la propia Administración al iniciar el procedimiento de oficio, lo cual no imposibilita el que se establezca un efecto, que mantiene ciertas similitudes con los actos normativos, al considerar que ello se mantendrá en el tiempo, modificando el ordenamiento jurídico, en fuentes de derecho como lo son los reglamentos o las ordenanzas municipales o regionales.

Es en relación a este efecto señalado, que la controversia en un acto de administración como lo es el mandato de inaplicación de barreras burocráticas ilegales con efectos generales en disposiciones administrativas, yace en que no solo modifica la esfera jurídica del administrado, sino que también, repercute sin en desarrollo jurídico de nuestro ordenamiento. Afirmación que encuentra como base, el declarar ineficaces normas que son fuentes de derecho y que como tal, cuenta con un propio procedimiento y entidades

competentes para llevarlo a cabo la ineficacia mediante procedimiento como la acción popular o la acción de inconstitucionalidad.

1.2.1. Actos administrativos con efectos generales y actos normativos

Los actos administrativos con efectos generales, ejercen efectos jurídicos en las esferas de los administrativos a razón de la función administrativa, en una pluralidad de destinatarios que pueden no ser identificables, pero pese a ello, conllevan un efecto en concreto en su ejecución. Caso contrario al dado en los actos normativos, dados en base a la potestad reglamentaria de la Administración, otorgada de manera específica por ley manteniendo un nivel de abstracción respecto a destinatarios que no son identificables. Su naturaleza permite la creación de normas, materializadas en reglamentos, con efectos en una cantidad indeterminada de personas.

Tanto el acto administrativo como el acto normativo, constituyen una actuación jurídica unilateral de la Administración, que no requieren el consentimiento de los administrados para ejercer sus efectos. No obstante, los actos normativos poseen un carácter innovador en el ordenamiento jurídico, lo cual profesores como García de Enterría y Ramon Fernández ejemplifican al señalar que “El Reglamento innova el ordenamiento (deroga otro Reglamento anterior, crea normas nuevas, habilita relaciones o Actos hasta ese momento no previstos), el Acto se limita a aplicar el ordenamiento a un supuesto dado o por dicho ordenamiento previsto” (citado en Danós 2010: 24). El acto normativo, trasciende al establecer un cambio en el ordenamiento jurídico, al incorporarse y repercutir, mas allá de un supuesto determinado, caso contrario a los actos administrativos con efectos generales, que son dados a razón de una normativa en el ordenamiento jurídico ya establecida.

Las consecuencias de ambos actos de los establecen una diferenciación, puesto el acto normativo “posee un nivel de abstracción respecto a sus destinatarios por lo que no se agota con su aplicación a alguna situación concreta...” (Morón 2019:157), ello al ser “...susceptible de infinidad de cumplimientos, debido a que como fuente del Derecho sigue ordenando la vida social” (Danós 2010:25). Hecho relevante, al considerar que el acto administrativo se agota al cumplir el supuesto que llevo a cabo su concretización por

lo que, al requerir un nuevo cumplimiento, es necesario que se dicte un nuevo acto administrativo.

1.2.2. Poder público de la CEB y la Sala a través del acto administrativo

En el procedimiento de eliminación de barreras, el cual será desarrolla con mayor amplitud en la sección siguiente, conlleva poder determinar que actos administrativos, disposiciones administrativas y actuaciones materiales, resultan manifestaciones de la actuación las entidades administrativas que generen una afectación negativa. Es su ejecución y la forma en que puedan resultar “límites arbitrarios o injustificados impuestos por el Estado que impiden el acceso o la permanencia en el mercado” (citado en Ochoa 2013:421) o, el atentar contra los principios y normas de simplificación administrativa en los procedimientos, lo que permite que la CEB y la Sala, llevan las atribuciones conferidas en el Decreto Legislativo 1256.

La CEB y la Sala determinan la ilegalidad o carencia de razonabilidad en las barreras burocráticas negativas, puesto no todas resultan serlo al considerar que puede ser “...una limitación a la libre iniciativa privada con la finalidad de proteger el interés social” (Avendaño 2011, Zumaeta 2011:211). Es así, que lo buscado por la CEB y la Sala es lograr un equilibrio, en el ejercicio de las funciones administrativas de las entidades, en búsqueda del interés general –la cual debe verse reflejado en los actos, disposiciones y actuaciones que llevan a cabo – y en la afectación que ello genera a los particulares.

El acto administrativo emitido por la CEB o la Sala, inaplicará los efectos de una disposición administrativa a nivel general, propiciando que normas con rango jurídico inferior a ley -como los reglamentos- o bien normas con rango de ley, como lo son las Ordenanzas Municipales o Regionales, vieran afectadas su eficacia. Un hecho determinante, puesto repercute en todo aquel que se encuentra en idéntico supuesto, generando con ello una afectación en abstracto, al no mantener grupos identificables de administrados sino mas bien, establecer supuestos en los cuales pueden ser encausados las actuaciones de los administrados. Es así, que el acto administrativo manifestado por la CEB o la Sala, estaría tomando atribuciones de los actos normativos, al implicar un cambio respecto al ordenamiento jurídico, al hacer ineficaz el efecto de normas como lo son las ordenanzas o los reglamentos.

Al respecto, la ineficacia en las disposiciones administrativas es dada en fuentes de derecho, de vital importancia, puesto se “emplean para regular el funcionamiento de la Administración Pública y su relación con los particulares” (Guzmán 2013:64) al ser dadas en un “...procedimiento a través del cual se producen, válidamente, normas jurídicas que adquieren el rasgo de obligatoriedad propio del Derecho, y por lo tanto, las característica de ser impuestas legítimamente a las personas mediante los instrumentos de coacción del Estado” (Rubio 2009:111). Todo ello origina, que mantengan procedimientos establecidos en la Constitución para ser regulados por jueces y no, por entidades de la administración pública.

1.2.2.1. Ordenanzas Municipales y Regionales

Son normas con rango de ley, conforme lo establece en el numeral 4 del artículo 200 la Constitución, de mayor jerarquía en sus estructuras normativas, como la municipal o la regional. Consisten en la aprobación de medidas como la regulación, administración y supervisión de servicios públicos y de las materias en que se les otorgue competencia, creando, modificando, suprimiendo o exonerando derechos, licencias entre otras atribuciones conferidas por ley. Asimismo, son fuentes de derecho, contando con características como la producción de normas jurídicas con un carácter general, materializando una forma de expresión de la voluntad de los órganos de gobierno. Mantiene una hegemonía respecto a su jurisdicción municipal o regional, no pudiendo ejercer una legalidad activa en poder derogar otras normas con rango de ley ni tampoco poder ser derogadas por ella. En ese sentido, la potestad reconocida en poder emitir normas con rango de ley es dada por la Ley 27867 y la Ley 27972.

Resultan determinantes puesto “contienen regulaciones del funcionamiento de dichos gobiernos descentralizados y afectan a los particulares sometidos a su competencia” (Guzmán 2013:77). Es ello, lo que lleva frente a vulneraciones como las reguladas por la CEB y la Sala, el que se ejecute el control jurídico a través de la acción de inconstitucional del Tribunal Constitucional o el control difuso, ejercido por el Poder Judicial ante la inaplicación en concreto. Si bien el primer supuesto conlleva a una derogación y en el segundo, una inaplicación en el caso en concreto, en ambos resultan en una ineficacia del

extremo o su totalidad de la norma con rango de ley, lo cual es dado por la CEB y la Sala ante la inaplicación con efectos generales de disposiciones administrativas ilegales.

1.2.2.2. Reglamentos

Nacen de la potestad reglamentaria, la cual es regulada por la Constitución o por leyes, ante la facultad otorgada a determinadas entidades, las cuales emiten normas de alcance general. Su atribución como fuente del derecho resulta “transcendental dentro del ordenamiento jurídico y que, desde el punto de vista del contenido, es una vía fundamental de creación de normas por el Poder Ejecutivo que se ejerce, invariablemente, mediante decretos supremos” (Rubio 2009:144). Asimismo, establecen precisiones dadas por leyes, en determinados contextos, permitiendo que los administrados pueden conocer a mayor precisión, las afectaciones de las que pueden ser objetos a razón de los reglamentos establecidos.

Los reglamentos no pueden atentar contra lo establecido por una ley considerando el rango superior que ella ostenta. Por otro lado, obligan, generando con ello su eficacia, a todos los poderes públicos, en cuanto no fuera derogada o declara inválida por una ley o una norma con rango inferior de ley, como lo es otro reglamento. Deben respeto a la legalidad en su ejecución en relación a las leyes, al amparo del artículo 51 de la Constitución, respecto a la jerarquía de las fuentes de derecho. Es frente a una infracción que devenga en una ilegalidad, que se puede recurrir al proceso de acción popular, cuyo efecto erga omnes al darse la exclusión de la norma, conlleva al igual que el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas, la ineficacia en la norma ilegal.

2. PROCEDIMIENTO DE ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS

Desde su creación en el 1992, mediante el Decreto Ley 25868², el Estado Peruano a través del INDECOPI, evidencia una necesidad por establecer una regulación entorno al mercado, buscando generar una mayor competitividad. De tal forma, tienen entre sus funciones, evitar “las prácticas monopólicas, así como de las prácticas que generan

² Ley de Organización y Funciones del INDECOPI, derogado por el por el Decreto Legislativo 1033 y cuyo artículo 26BIS, fue posteriormente derogado por el Decreto Legislativo 1256.

competencia desleal y de aquellas que afectan a los agentes del mercado y a los consumidores...” (Tassano 2016:113). Es respecto a estas últimas, donde las barreras burocráticas ilegales o irracionales, son manifestaciones de las actuaciones reguladas por el INDECOPI, detalladas en su inciso a) numeral 2.1. del artículo 2 del del Decreto Legislativo 1033³:

“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 que afectan a los ciudadanos y empresas, así como velar por el cumplimiento de las normas y principios de simplificación administrativa.” (el subrayado es nuestro)

La CEB cuenta con la potestad, actualmente regulada por el Decreto Legislativo 1256, de poder eliminar aquellas barreras burocráticas ilegales o carentes de razonabilidad que atenten contra el ingreso o permanencia de los agentes económicos en el mercado, como ante las afectaciones a las normas de simplificación administrativa.

La importancia del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas y los efectos que ello genera, consisten en ejercer un control posterior sobre la actuación de las entidades. Ello nos lleva a considerar, si el efecto general del acto administrativo al inaplicar una barrera burocrática ilegal, resulta cuestionable ante la idea de estar atribuyéndose a la CEB, una competencia que no le corresponde y que es propia de los jueces, en relación al efecto general en las disposiciones administrativas.

2.1. Naturaleza Jurídica del Procedimiento de Eliminación de Barreras Burocráticas

Nuestro ordenamiento establece en el artículo 1 del Decreto Legislativo 1256, que el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas, tiene como fin el llevar a cabo su eliminación al ser ilegales o carentes de razonabilidad. La norma en su artículo 3 lleva a cabo una definición de lo que es una barrera burocrática, consistiendo en exigencias, requisitos, limitaciones, prohibiciones o cobros impuestos por entidades, que condicionen, restrinjan u obstaculicen el acceso o permanencia en el mercado o bien

³ Ley de Organización de Organización y Funciones del Indecopi.

puedan afectar los procedimientos administrativos seguidos por los administrados y que se encuentren sujetos a las normas o principios de la simplificación administrativa.

La ilegalidad o la carencia de razonabilidad, que conlleva al ejercer los efectos de inaplicación, son dadas en manifestaciones de la función administrativa, dadas a través de las barreras burocráticas. Es así, que la Administración establece “la imposición de reglas de juego que pretenden modificar o restringir la conducta de las personas cuando deseen proveer de bienes y/o servicios en el mercado o cuando acuden a una entidad para realizar un trámite” (Ochoa 2014:16). Asimismo, se busca mantener el interés público, al asegurar lograr un equilibrio adecuado entre la atribución reconocida a las entidades administrativas, al establecer las condiciones de acceso al ejercicio de derechos como el de la libertad de empresa y la libre iniciativa privada frente a la potestad de poder acceder a ellos, sin verse limitados injustificadamente y de manera gravosa.

Las barreras burocráticas son dadas a través de manifestaciones de voluntad de la entidad administrativa, como los actos administrativos, disposiciones administrativas y actuaciones materiales, definidas en el artículo 3. Destaca lo señalado respecto a las disposiciones administrativas, las cuales son asociadas a las disposiciones normativas que generen efectos a nivel abstractos, como lo son los reglamentos, ordenanzas municipales, entre otros.

El procedimiento de eliminación de barreras burocráticas, es considerado un procedimiento administrativo general, el cual es regulado en el artículo 29 del TUO de la LPAG, basado en el conjunto de actos y diligencias tramitados ante una entidad que mediante la emisión de un acto administrativo, produce efectos jurídicos sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados. Las denuncias de oficio, forman parte de esta categorización al existir un administrado y una entidad administrativa, la cual, mediante lo resuelto, generaría efecto en la esfera jurídica de un administrado. Por otro lado, en las denuncias de parte, se cumple con la existencia de la entidad administrativa quien lleve a cabo un trámite - INDECOPI, el cual genere efectos en un administrado - el denunciado - y en base a ello, sea el denunciante, quien ocupe la posición de un tercero con legítimo interés, sobre el cual va repercutir la decisión dada sobre el denunciado, pudiendo por ello intervenir en el procedimiento.

2.1.1. Fundamentos del Procedimiento de Eliminación de Barreras Burocráticas

El procedimiento de eliminación de barreras burocráticas, conlleva a la protección de determinados derechos fundamentales, que manifiestan las atribuciones que le son otorgadas en defensa de los administrados, las cuales no debe ser confundidas con el ejercicio de un control constitucional en los derechos que fundamenta el procedimiento, reservadas a los jueces, puesto lo ejercido es un control de legalidad. Atribución otorgada por ley, inaplicando con efectos generales disposiciones administrativas ilegales, suscitando un efecto similar al dado mediante control constitucional, que si bien no conlleva a derogar la norma, ejecuta la consecuencia de ello ante la ineficacia dada a nivel general por un acto administrativo.

2.1.1.1. Derecho a la Libre Iniciativa Privada y a la Libertad de empresa

Derechos fundamentales que conforman la finalidad del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas, establecidos en el artículo 1 del Decreto Legislativo 1256, generando su protección, buscando que sea asegurada a favor de personas naturales o jurídica. Es respecto a ambos derechos, que el Estado puede establecer reglas y pautas para su desarrollo, ello siempre que no resulte desmedido e injustificado, mediante decisiones arbitrarias a la actividad empresarial.

La Constitución en su artículo 58 precisa como en la economía social de mercado la iniciativa privada es libre, entendiendo que toda persona puede iniciar una actividad económica. Postura adoptada por el Tribunal Constitucional, al precisar que “...toda persona natural o jurídica tiene derecho a emprender y desarrollar, con autonomía plena, la actividad económica de su preferencia, afectando o destinando bienes de cualquier tipo a la producción y al intercambio económico con la finalidad de obtener un beneficio económico o ganancia natural” (Tribunal Constitucional 2003: Fj 17)⁴. Es así, que el Estado no solo buscar garantizarlo sino también el regular su ejercicio, considerando que su implicancia deviene en afectaciones al interés público, puesto toda actividad económica repercute en terceros de manera directa o indirecta.

⁴ Sentencia recaída en el Expediente 0008-2003-AI/TC. Fundamento 17.

En concordancia al derecho de libre iniciativa privada, el derecho a la libertad de empresa es reconocido en el artículo 59 de la Constitución, siendo el Estado quien busca garantizarlo, en pro de no atentar contra el interés público al poder resultar lesivo a la moral, la salud o la seguridad pública. El Tribunal Constitucional lo reconoce como “el derecho de las personas a elegir libremente la actividad económica ocupacional o profesional que desee o prefiere desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual.” (Tribunal Constitucional 2005: Fj 11)⁵, el cual subsume una serie de elementos como parte de su contenido esencial:

- Libertad de creación de empresa y acceso al mercado
- Libertad de organización
- Libertad de competencia
- La libertad para cesar sus actividades

Es el reconocimiento de ambos derechos, respecto a la libertad económica de todo administrado, que sirve de fundamento al ejercicio de la potestad de la CEB y la Sala en el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas, considerando que se evalúa si la regulación establecida por el Estado, es dada de manera legal y razonable. Lo contrario significaría, una vulneración que genera una inaplicación, a fin de buscar resarcir la vulneración que derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

2.1.1.2. Derecho de petición

La Constitución en su numeral 20 del artículo 2 lo reconoce⁶, indicando que toda persona tiene derecho a formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una respuesta por escrito dentro del plazo legal, bajo responsabilidad. Situación considerada en el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas, respecto a las actuaciones de la Administración Pública, que contravengan su adecuada ejecución al ocasionar trabas injustificadas. El Tribunal Constitucional no ha sido ajeno a ello, señalando: “... el derecho de petición establece los siguientes deberes de la Administración: “a) Facilitar los medios para que

⁵ Sentencia recaída en el Expediente 3330-2004-AA/TC. Fundamento 11.

⁶ Se encuentra reconocido en los artículos 117 y 118 del TUO de la LPAG, adoptando un enunciado similar al reconocido en la Constitución.

el ciudadano pueda ejercitar el derecho de petición sin trabas absurdas o innecesarias...” (Tribunal Constitucional 2014: Fj 4)⁷.

Es el pretender que las peticiones sean dadas sin trabas absurdas e o innecesarias, lo que conlleva una interrelación con la simplificación administrativa, al ser por medio su correcta ejecución los procedimientos administrativos que resultaran simples y rápidos, sin que ello signifique, algún tipo de vulneración ante las entidades administrativas. Lo que se busca “por un parte, balancear entre la necesidad de utilizar procedimientos administrativos como una fuente de información y herramienta para implementar políticas públicas y, por otra parte, reducir las intervenciones y requisitos solicitados para cumplir con dichos procedimientos” (Luna 2019:25).

La CEB y la Sala, supervisan que se cumpla la simplificación administrativa, a razón de determinar que no exista ilegalidad o carencia de razonabilidad al simplificar los trámites, evitando procedimientos o etapas que resultaran innecesarias y lo entorpezcan, al margen del derecho de petición del cual se desprende el fundamento constitucional de las funciones atribuidas.

2.1.1.2.1. Simplificación administrativa en el TUO de la LPAG

En la actualidad, el TUO de la LPAG es la norma que contiene los principios que regulan la simplificación administrativa, estableciendo con ello pautas para su correcta ejecución. Hecho determinante en el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas, considerando que la atribución otorgada a la CEB y la Sala, conlleva un análisis de la ilegalidad o carencia de razonabilidad ante la tramitación de procedimientos administrativos sujetos a normas o principios que garanticen la simplificación administrativa.

En ese sentido, el principio de celeridad, señalado en el numeral 1.9 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, establece que quienes formen parte del procedimiento, busquen la mayor dinamicidad posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan formalismos. El principio afecta a todos

⁷ Sentencia recaída en el Expediente 01111-2013-PA/TC. Fundamento 4.

los participantes, entre los que se encuentran las autoridades, que buscan que los administrados se vean afectados por exigencias, requisitos, limitaciones, prohibiciones y cobros que ya habrían sido declarado ilegales mediante barreras burocráticas y por ello, resultando innecesario, el que vuelven a ser actuados por los administrados.

Los efectos generales en la inaplicación de las barreras burocráticas, asegura el dinamismo en las actuaciones de los procedimientos afectados -dados por ordenanzas, reglamentos u otras normas con rango inferior a ley- al no tener que iniciarse un nuevo procedimiento para declarar su ilegalidad. No obstante ello, la materialización de los efectos generales a razón de su ilegalidad, conlleva a que se tome atribuciones reconocidas a los jueces y mediante las cuales, se genera efectos similares en procedimientos reconocidos en la Constitución.

El principio de eficacia, detallado en el numeral 1.10 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, propicia que los sujetos del procedimiento administrativo hagan prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, sobre formalismos que no incida en su validez, no determine aspectos importantes en su decisión final, ni disminuyan garantías o causan indefensión a los administrados. Es así, que resultaría contradictorio el que los administrados deban iniciar un nuevo procedimiento pese a conocer que es una barrera burocrática ilegal. No obstante, el principio refiere que la finalidad del acto sobre formalidades no esenciales -las cuales resultaran ser las manifestaciones de las disposiciones administrativas de las barreras burocráticas ilegales - deben respetar el marco normativo aplicable. La inaplicación con efectos generales por ilegalidad contravendría el principio, puesto la ineficacia de la disposición dada por la inaplicación general de la barrera burocrática, genera un efecto propio de una atribución conferida a los jueces mediante procedimientos constitucionales, en los cuales, si bien no se genera una derogación de las normas, si se manifiesta lo que efectos que produce, como lo es la ineficacia a nivel general

2.2. Metodología de Inaplicación de Barreras Burocráticas

Conocido los fundamentos que lo sustentan, debe detallarse como es el procedimiento del Decreto Legislativo 1256, a fin de entender los parámetros que evalúan la legalidad y razonabilidad de las barreras burocráticas. Se inicia con un análisis de legalidad,

establecido en el artículo 14, basándose en nivel general en el cumplimiento del principio de legalidad, dispuesto en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de LPAG. Acorde a lo señalado por el profesor Ochoa, lo que se está llevando a cabo es una evaluación de fondo y forma de la barrera burocrática (Ochoa 2014:22). El fondo, al comprobar que la barrera burocrática sea impuesta por una entidad que cuente con atribuciones legales suficientes para establecerla y que al hacerlo, se respete el ordenamiento normativo vigente como los principios de simplificación administrativa. Por otro lado, la forma, evalúa que se cumpla los procedimientos y formalidades respectivas para su debida aprobación y exigencia a través de la emisión o publicación de la barrera.

Superada la evaluación de legalidad, se procede a la de razonabilidad, no obstante, acorde a lo precisado en artículo 15, a señalar la existencia de indicios de carencia de razonabilidad por parte del denunciante, los cuales se encuentran establecidos en el artículo 16, en una relación que no es taxativa, incorporando condiciones acordes a lo presentado en la casuística, en aquello que no puede ser argumentado como carencia.

Al determinarse la idoneidad de los indicios, se procede a la evaluación de la razonabilidad, dividida por el artículo 18 en dos elementos. El primero, en comprobar que la medida no sea arbitraria, debiendo justificarse la existencia del interés público adoptado y atribuido a la entidad. Interés que considera dos aspectos relevantes, como lo es la existencia de un problema que se busque solucionar con la barrera y el que sea idóneo para lograr tal cometido. El segundo elemento, yace en la proporcionalidad de la barrera conforme sus fines, siendo el punto central una evaluación de costo y beneficio, partiendo de comparar el efecto positivo frente a los costos e impactos de lo negativo, en quienes deban cumplirla. La generación de beneficios debe ser mayor que los costos y por tanto, el no existir alternativas que fueran menos costosas o gravosas.

2.2.1. El control de legalidad en las barreras burocráticas ilegales

El no superar el análisis de legalidad de la CEB o la Sala, propicia la emisión de mandatos de inaplicación con efectos generales de barreras burocráticas ilegales. Consecuencia del control de legalidad, reconocido por el Tribunal Constitucional, al indicar:

“ 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. ... 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.” (Tribunal Constitucional 2010: Fj 24)⁸.

De tal forma, el control de legalidad ejercido por la CEB y la Sala, consiste en una supervisión del cumplimiento del marco legal, en las entidades administrativas al emitir normas, las cuales, contrastan entre sí, no a un nivel jerárquico sino más bien, a razón de la especialidad de la norma cuestionada. Competencia reconocida en el Decreto Legislativo 1256 y que encuentra sustento, en el TUO de la LPAG o la Ley 29158⁹, respecto al control de legalidad referidas en ambas normas.

El TUO de la LPAG, establece que la entidad administrativa se encuentra subordinada y deba llevar su actuación conforme lo establece, no solo la Constitución sino también por la ley, al ser una garantía “...entendida como norma jurídica emitida por quienes representan a la sociedad en su conjunto, que es el Parlamento, subordinándose al mismo; caso contrario, la Administración carecería de control jurídico real, pudiendo actuar de manera arbitraria” (Guzmán 2013: 21). Por su parte la Ley 29158, en relación al principio de legalidad, establece el sometimiento de las entidades al ordenamiento jurídico, debiendo actuar conforme las facultades que le fueren otorgadas. Es así, que el control no solo lo pueden ejercer a nivel interno sino también frente a otras entidades, puesto el Decreto Legislativo 1256, le ha conferido tal atribución a la CEB y a la Sala, en relación a la inaplicación de barreras burocráticas ilegales o carentes de razonabilidad.

En ese sentido, la Exposición de Motivos del Proyecto del Decreto Legislativo 1256, reconoce al principio de legalidad como sustento de la actuación de la CEB y la Sala, indicando que es por medio de ello que se habilita el poder verificar ex – post, si una

⁸ Sentencia recaída en el Expediente 00014-2009-PI/TC. Fundamento 24.

⁹ Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

autoridad administrativa, en relación a un caso en concreto, se ha apartado de la legalidad que rige toda actuación administrativa. Competencia que es ejercida en esferas jurídicas diferentes y con ella externas a la del INDECOPI, ejerciéndose solo en determinados supuestos ya previamente establecidos y no ante cualquier vulneración. Es importante por ello entender, que el control de legalidad ejercido por la CEB y la Sala, adiciona otra peculiaridad en su manifestación, puesto no es dada en la esfera jurídica interna de la entidad como lo es el INDECOPI sino en otras entidades, al supervisar infracciones relacionadas al derecho a la libertad de empresa, a la libre iniciativa privada o a los principios o procedimientos de simplificación administrativa.

Sin perjuicio de lo señalado, el cuestionamiento yace en el efecto del control de legalidad de la CEB y la Sala, puesto a diferencia de lo establecido en el Tribunal Constitucional, el Decreto Legislativo 1256 reconoce una inaplicación con efecto general. Es así, que la disposición administrativa no genera efectos solo referente a un administrado -el cual se vio afectado- sino a toda una generalidad de quienes se encuentren en un mismo supuesto, haciendo así que la norma de manera indirecta, ejecute un efecto reconocido en procedimientos constitucionales, como lo son la acción de inconstitucionalidad y la acción popular. Ambos llevados por jueces, que basan su análisis de constitucionalidad y en determinados casos de legalidad – como lo es en la acción popular ante la vulneración de leyes- en establecer una ineficacia a nivel general en las ordenanzas – respecto a las sentencias de inconstitucionalidad – y en las normas con rango inferior a ley – ante la declaración de nulidad y su retroactividad. Hecho dado por un reconocimiento constitucional, los cuales son contravenidos por las barreras burocráticas al generar que la inaplicación en disposiciones administrativas que resultaran ilegales sea general.

2.2.1.1. Contraste con el control constitucional

La controversia suscitada yace en generar ineficacia en las ordenanzas municipales y en la norma con rango inferior a ley a nivel general por las barreras burocráticas, afectando indirecta competencias reconocidas a los jueces, en el control de constitucional respecto a la ineficacia dada en las normas que vulneren la Constitución y cuyo artículo 51 establece prevalencia sobre todo norma. Su finalidad tiene como base garantizar la primacía de la Constitución, debiendo ser cumplida por todos los órganos del poder

público, entre los que se encuentra las entidades de la administración pública y las normas que fuesen a emitir.

Nuestro ordenamiento ha optado por un mecanismo dual en el control constitucional, donde coexisten el control difuso y el control concentrado. El control difuso, reconocido en el artículo 138 de la Constitución, otorga competencia al Poder Judicial, al permitir que sean los jueces quienes cuenten con la facultad de establecer el análisis de inconstitucionalidad y optar por la prevalencia de la Constitución sobre otras normas. No obstante, solo puede ser dado entre las partes intervinientes y el Juez, debiendo considerar que “es una cuestión incidental respecto a la controversia concreta, ergo, no puede ser planteada como una acción directa” (Toma 2000:22).

El control concentrado, lleva a cabo un análisis de constitucionalidad de las normas ante una afectación directa a la Constitución por leyes, norma con igual rango o normas rango inferior a ley, ejerciendo un control posterior en las normas entrada en vigencia, generando su ineficacia con efectos generales ante la derogación dada en leyes o normas con rango de ley y la nulidad, en normas con rango inferior a ley. Es atribuido al Poder Judicial respecto a las normas con rango inferior a ley por medio de la acción popular y el Tribunal Constitucional, en leyes o normas con rango de ley a través de una acción de inconstitucionalidad. Procedimientos de efecto erga omnes con calidad de cosa juzgada, haciéndolos exigibles no solo a las partes intervinientes sino, a todo los poderes y entidades que pudieran llevar a cabo la norma inconstitucional y con ello, repercutir de manera negativa en la esfera jurídica de los administrados.

El artículo 75 del Código Procesal Constitucional, señala las infracciones que son materia de análisis en los procedimientos de inconstitucional y de acción popular. Es en ello, que surge la figura de la infracción indirecta, consistiendo en afectación dada no a la Constitución sino a una ley o norma con rango de ley, que no puede ser vulnerada por una norma de menor rango, al generar ello, una afectación a la jerarquía normativa establecida en el artículo 51 de la Constitución. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto, indicando que “la invalidez constitucional de la norma impugnada no puede quedar acreditada con un mero juicio de compatibilidad directo frente a la Constitución, sino solo luego de una previa verificación de su desconformidad con

una norma legal perteneciente al parámetro de constitucionalidad” (Tribunal Constitucional 2005: Fj 27)¹⁰.

El Tribunal Constitucional¹¹, a mayor abundamiento, ha indicado que la incompatibilidad dado en la infracción, yace en la vulneración al bloque de constitucionalidad ante atribuciones manifestadas en leyes como:

- La regulación de un requisito esencial del procedimiento de producción normativa.
- La regulación de un contenido materialmente constitucional
- La determinación de las competencias o límites de las competencias de distintos órganos constitucionales

Los mandatos de inaplicación con efectos generales en reglamentos -disposiciones administrativas- ante su ilegalidad, se basarían en una vulneración al proceso constitucional puesto el control de legalidad alejado por la CEB y la Sala, acorde a los supuestos precisados por el Tribunal, podría repercutir en un control concentrado de constitucional. Ello adoptando sin competencia y fundamento reconocido, el que se genere los efectos generales de inaplicación, limitando totalmente su eficacia en una función reconocida a los jueces, mediante el procedimiento de acción popular y la nulidad resuelta en la sentencia frente a la norma con rango inferior a ley.

2.3. Mandatos de inaplicación con efectos generales en barreras burocráticas ilegales en disposiciones administrativas

Los alcances con efectos generales en el pronunciamiento de una barrera burocrática ilegal se darán siempre en los procedimientos iniciados de oficio y podrá ser solicitado por el denunciante, en los iniciados a pedido de parte. Premisa solo reconocida en las disposiciones administrativas, conforme lo establece el numeral 10.3 el artículo 3 del Decreto Legislativo 1256, al precisar que la inaplicación tiene como centro no tan solo la afectación real sino también la potencial.

¹⁰ Sentencia recaída en el Expediente 0020-2005-PI/TC, 0021-2005-PI/TC. Fundamento 27.

¹¹ Sentencia recaída en el Expediente 0020-2005-PI/TC, 0021-2005-PI/TC. Fundamento 28.

El inaplicar una barrera burocrática en una disposición administrativa ilegal, nace de la necesidad de llevar a cabo una adecuada regulación en la económica social de mercado y los derechos a la libertad de empresa y a la libre competencia. Afirmación sustentada en que, si la disposición administrativa tiene efectos generales y abstractos a razón de la actividad normativa de las entidades administrativas al declararla ilegal, resultaría contradictorio que solo fuese aplicable para quien la denuncia y no para quienes se encuentran en el mismo supuesto. El deber iniciar un nuevo procedimiento sobre una disposición administrativa ya declarada ilegal, genere un ciclo repetitivo y desgastante. al tener que iniciar un administrado, una nueva denuncia pese a encontrarse en un mismo escenario ante un parámetro objetivo en que recae la ilegalidad.

El legislador al implementar esta modalidad, busca asegurar una reducción de costos y trámites innecesarios, tanto para el administrado como para la propia Administración, en no tener que obligarlos a tramitar un procedimiento que ya han sido declarado barrera burocrática ilegal. No obstante, no recae en considerar el efecto de la ineficacia en normas como los reglamentos, ordenanzas municipales, decretos supremos, entre otras, que son fuente de derecho. De tal forma, si bien el efecto general al inaplicar la barrera, no la deroga del ordenamiento o declara nula, implica el no poder volver a emplearla, puesto resulta ineficaz respecto al extremo que ha sido declarada inaplicable por el mandato de la CEB y la Sala.

En ese sentido, no es el control de legalidad llevado a cabo por la CEB y la Sala lo que contraviene funciones reconocidas a los jueces sino, los efectos generales de ello, puesto la ineficacia es dada en normas que conforma fuentes de derecho y que, como tales, ya no resultarían eficaces a nivel general a razón de un acto administrativo. De tal forma, de manera indirecta, se estaría obteniendo parte de los efectos generados dados en los procedimientos constitucionales, sin los requerimientos solicitados, no resultando necesario el llevarlo a cabo, puesto mediante el procedimiento de eliminación de barreras, se obtendría un efecto similar en las disposiciones administrativas.

2.4. ¿Inconstitucionalidad del Decreto Legislativo 1256?

La controversia suscitada a razón de la incompetencia en la función de la CEB y la Sala en inaplicar con efectos generales disposiciones administrativas, al resultar ser barreras burocráticas ilegales es reconocida y otorgada como competencia por el Decreto Legislativo 1256. Norma que no posee un sustento constitucional, del porque haber otorgado una competencia que, como se ha indicado en el presente trabajo, es reconocida y dada de manera exclusiva a los jueces, en el ejercicio de su función jurisdiccional. Hecho que, como tal, origina que sea la propia norma, quien atente contra la Constitución en el extremo de haber otorgado una competencia que forma parte de las facultades de la CEB y Sala, al ser parte del INDECOPI, en el ejercicio de su función administrativa.

Los fundamentos que sustenta la competencia otorgada en el extremo referido a la CEB y la Sala en su artículo 8, mantiene un sentido práctico mas no constitucional o legal. Su base, yace en la simplificación administrativa, puesto es en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1256, en su considerando 1.6.1., como ya hemos precisado, donde se establece las pautas que dan origen a competencia novedosa en los procedimientos de barreras burocráticas ilegales:

“...que estas deficiencias afectan al origen mismo de la disposición cuestionada, es necesario que le INDECOPI ordene su inaplicación con carácter general, evitando así el inicio de procedimiento administrativo idénticos por parte de los ciudadanos a los cuales se les pretenda aplicar la exigencia cuestionada, con el consiguiente ahorro de recursos para los administrados, quienes no tendrán que iniciar un procedimiento administrativo respecto del cual ya conocer la decisión del INDECOPI.” (el subrayado es nuestro).

Es importante establecer, que si bien el buscar este dinamismo en los procedimientos, evitando llevarlos una y otra vez en cada administrado, al haber sido reconocidos como barreras burocráticas ilegales, no es potestad suficiente para equiparar el efecto de un mandato de una entidad administrativa, al dado por la función jurisdiccional de los jueces ante procedimientos como la acción popular y la acción de inconstitucionalidad.

La Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1256 precisa, que los efectos generales no pueden ser equiparados, a los dados mediante el control concentrado en sus diversas manifestaciones. Señala que no se deroga ni se declara nula una norma sino, que la inaplica ante el control de legalidad dado en la barrera burocrática materializa en una

disposición administrativa, expandiendo sus efectos ante todo aquel que se encontrara en supuesto similar al del denunciante. Es en ese sentido, al inaplicar una barrera burocrática ilegal en una disposición administrativa, se afecta una norma vigente, la cual ha sido dictada por un órgano competente, siguiendo el procedimiento establecido y promulgada por un órgano para ello – a razón a la publicidad establecida en el artículo 51 de la Constitución-. (Rubio 2004: 8-9).

Es la eficacia, entendido como el efecto práctico de una norma que resulta vigente, la que hace exigible su cumplimiento en nuestro ordenamiento. No obstante, ello puede conllevar vicios en su validez, al contradecir la Constitución o las leyes, resultando con ello objeto de procedimientos como la acción de inconstitucionalidad y la acción popular. Son estos procedimientos, lo que permiten establecer cambios en las normas vigentes, ante la derogación o nulidad, respectivamente, resultando en última instancia en una ineficacia con efectos generales, ello en función jurisdiccional reconocida a jueces. Hecho que al ser comparado con los mandatos de inaplicación de barreras burocráticas con efectos generales de la CEB, produce un efecto similar a la derogación o nulidad, puesto la norma vigente, vera afectada su eficacia, ante un mandato que tras ser publicado en el Peruano, será inaplicable para todo aquel que se encontrara en igual supuesto declarado barrare burocrática ilegal, en una disposición administrativa.

Por otro lado, denotando la carencia al fundamentar la competencia otorgada a la CEB y la Sala en el artículo 8 del Decreto Legislativo 1256, la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1256, señala como sustento al control de legalidad ejercido en el procedimiento de barreras burocráticas, el reconocimiento dado por el Tribunal Constitucional en el Expediente 014-2009-PI/TC. Procedimiento de inconstitucionalidad, que en el extremo pertinente, señala que no es un control constitucional sino de legalidad, el ejercido por la CEB pero ello, debe ser considerado que es a razón de un caso en concreto, lo cual establece una diferencia con los dados por la acción de inconstitucional o acción popular, cuyos efectos son generales al derogar o declarar, la nulidad de una norma.

Al respecto, se puede concluir que el Decreto Legislativo 1256, si sería inconstitucionalidad en el extremo atribuido al artículo 8, puesto al otorgarle la competencia de poder establecer mandatos de inaplicación, con efectos generales en

disposiciones administrativas que sean barreras burocráticas ilegales, otorga de manera indirecta el mismo efecto dado por los procedimientos de control concentrado – acción de inconstitucionalidad y acción popular, los cuales solo pueden ser ejercidos por los jueces, ante el reconocimiento constitucional establecido. El mantenerse vigente pese a incurrir en una evidente inconstitucionalidad, probablemente al considerar la extensión de procesos¹² que han sido objeto del artículo 8 del Decreto Legislativo 1256, no lo exime de resultar inconstitucional y con ello, generar una incompetencia en el accionar de la CEB y la Sala.

3. ¿IMCOMPETENCIA O COMPETENCIA DEBIDA DE LA CEB Y LA SALA EN LA DECLARACIÓN DE ILEGALIDAD CON EFECTOS GENERALES EN DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS?

Las atribuciones reconocidas a la CEB y la Sala resultan necesarias ante la diversidad de barreras ilegales o carentes de razonabilidad, emitidas por entidades de la Administración Pública. El identificarlas e impedir que sigan afectando negativamente la interacción de los administrados con la Administración Pública, en el desarrollo económico dado por el derecho a la libertad de empresa y la libre iniciativa privada como ante las normas o principios de la simplificación administrativa, es logrado a través de un procedimiento único en el mundo. Uno que, pese a los más de 20 años transcurridos desde su creación en el Perú, resulta aún novedoso ante las modificaciones dadas, que buscan lograr la idoneidad en su ejecución a razón de sus fines. Es en búsqueda de ello, que se forman controversias en su desarrollo, considerando que no existe referente doctrinario, por el cual se pueda contrastar los efectos dados en determinados ámbitos, como sucede en la inaplicación de barreras burocráticas ilegales con efectos generales en disposiciones administrativas.

Es la inaplicación con efecto general, lo que suscita un evidente contraste con competencias reconocidas a los jueces por medio de la Constitución, dando ello lugar, a cuestionar si los efectos del control de legalidad atribuido a las barreras burocráticas,

¹² Desde la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1256 en el 2016, a la fecha – acorde a lo señalado en la página web de la CEBB del INDECOPI- se han llevado a cabo 71 procedimientos de barreras burocráticas, declarándose la ilegalidad de disposiciones administrativas con efectos generales, las cuales han sido llevada en Ordenanzas, Reglamentos y Tupas entre otras normas

materializadas en las disposiciones administrativas, puede ser llevado a cabo por una autoridad administrativa como lo es el INDECOPI a través de un acto administrativo. Si bien es innegable los beneficios que generan, sobre todo al reducir costos y cargas en procesos similares frente a los administrados, no pueden ser concebidas afectando competencias reconocidas en la Constitución.

3.1. Contraste en el control de legalidad del juez y la CEB en disposiciones administrativas

El efecto atribuido a la CEB y a la Sala al inaplicar con efectos generales las barreras burocráticas ilegales en disposiciones administrativas, yace en un control de legalidad, el cual facultad el poder ejercer la defensa de la libre iniciativa privada y la libertad de empresa, a razón de un mandato dado por una norma con rango de ley, como lo es el Decreto Legislativo 1256. Un control que como tal y conforme a lo señalado, guarda similitudes con las competencias reconocidos a los jueces por la Constitución, ante el efecto general de los mandatos de inaplicación, al resolver las denuncias de barreras burocráticas ilegales en disposiciones administrativas.

Las competencias reconocidas a los jueces, son dadas en el marco de la función jurisdiccional, teniendo como objeto, la resolución de conflictos de interés de relevancia jurídica por medio de normas jurídicas que son aplicadas en los casos en concreto, obligando a sus intervinientes a respetar lo resuelto, ante el carácter de cosa juzgado que ello conlleva. El Tribunal Constitucional, ahondando en el ejercicio de la función jurisdiccional, ha precisado:

“La Constitución configura dos órganos jurisdiccionales, que, si bien tienen competencias y ámbitos propios de actuación por mandato de la propia norma suprema, cumplen un rol decisivo en un Estado democrático, que consiste básicamente en solucionar por la vía pacífica los conflictos jurídicos que se susciten entre los particulares y entre estos y el Estado (...)

En ese contexto, cabe señalar que dicha tarea esta encomendada fundamentalmente al Poder Judicial, al Tribunal Constitucional y ...” (Tribunal Constitucional 2004: Fj 32)¹³

¹³ Sentencia recaída en el Expediente 0047-2004-AI/TC. Fundamento 32.

La función jurisdiccional está dividida de manera predominante en dos grandes áreas, por un lado, los jueces del Poder Judicial, quienes cuentan con competencia de asumir en primera instancia la defensa de los derechos fundamentales, derechos derivados y procesos de control normativo como la acción popular, a través de los juzgados y Salas, civiles, contencioso administrativo, entre otras. Por otro lado, los jueces del Tribunal Constitucional, quienes cuentan con la competencia de revisar en última instancia procesos constitucionales de tutela de derechos¹⁴ y, conocer el proceso de control normativo, como lo es la acción de inconstitucionalidad (Morales 2010).

A mayor abundamiento, la Constitución establece las competencias que deben ser llevadas a cabo por los jueces constitucionales y los del Poder Judicial. Es en el artículo 202 de la Constitución, donde se establece que el Tribunal Constitución, conoce la acción de inconstitucionalidad; y en última instancia, las denegatorias de procesos como el habeas corpus, acción de cumplimiento, amparo y habeas data; los conflictos de competencia o de atribuciones, asignadas por la Constitución. Por otro lado, los jueces del Poder Judicial cuentan entre sus competencias, la resolución de conflictos de relevancia jurídica en primera instancia, conocer el procedimiento de acción popular, como el velar por el cumplimiento del respeto a la constitucionalidad y la legalidad, a razón de incompatibilidades que pudieran surgir.

El artículo 138 de la Constitución denota en la competencia reconocida a los jueces del Poder Judicial que, ante la incompatibilidad entre una norma legal sobre otra norma de rango inferior, los jueces prefieren la primera, inaplicando con ella la menor jerarquía, suscitando su ineficacia. Un procedimiento que contrasta con la inaplicación con efectos generales de barreras burocráticas ilegales, materializadas en ordenanzas municipales, reglamentos, resoluciones ministeriales, entre otros tipos de disposiciones, que son evaluados por control de legalidad de la CEB y la Sala.

Es el referido artículo, que materializa el control difuso en de los jueces de Poder Judicial ante la facultad de poder preferir la norma constitucional frente a una norma de menor jerarquía, implicándola y haciéndola ineficaz. Asimismo, forma parte de esta función jurisdiccional, la facultad de preferir una norma legal sobre otra norma de rango inferior,

¹⁴ Procesos de habeas corpus, habeas data, amparo y cumplimiento, los cuales son conocidos por el Tribunal a través del recurso se agravio constitucional.

generando que se inaplique la de menor rango y con ello, que sea ineficaz. En ese sentido, lo atribuido no solo consiste en hacer prevalecer el cumplimiento de la Constitución sino también, el de las leyes, así como la jerarquía normativa (Quiroga 1997:334).

De tal forma, el control de legalidad dado en las normas con rango de ley y de menor jerarquía antes posibles antinomias, es reservado al Poder Judicial, en cumplimiento del principio de unidad de la función jurisdiccional. Es el cuerpo de jueces que conforman el Poder Judicial, quienes tiene a su cargo situaciones jurídicas relevantes, a razón de la defensa de intereses dados en derechos como, el de la libertad de empresa y libre iniciativa privada. Situación que es materializada al declarar la ilegalidad y con ello inaplicación de normas de menor jerarquía, como lo son los reglamentos.

Al respecto, al considerar la supremacía de la legalidad frente a las normas con rango de menor jerarquía, dadas en el artículo que fundamenta el control difuso, no existiría sustento para que la CEB y la Sala inaplicará las disposiciones administrativas ilegales. Ello considerando que en la actualidad, el Tribunal Constitucional por medio de la Sentencia de Consorcio Requena¹⁵, dejó sin efecto el precedente vinculante dado por el caso Salazar Yarlenque, el cual confería a los tribunales y órganos colegiados de la Administración Pública, la facultad de inaplicar normas contrarias a la Constitución.

La atribución conferida al CEB y la Sala al aplicar barreras burocráticas ilegales materializadas en disposiciones administrativas con efectos generales, resulta una evidente intromisión y vulneración a la competencia reconocida a los jueces del poder judicial, trastocando su forma de materialización, al generar que el efecto en concreto resulto uno de naturaleza general, equiparando parte de sus efectos a los dados en el control concentrado. La vulneración no es dada en el análisis de legalidad regulado en el artículo 14 del Decreto Legislativo 1256, al poder identificar la ilegalidad por razones de fondo o de forma sino en el efecto general que ello produce en fuentes de derecho.

¹⁵ El Tribunal Constitucional argumenta lo resuelto en el Exp. 04293-2012-PA/TC al considerar que la potestad del control difuso solo se encuentra reservada por la Constitución a órganos como el Poder Judicial, el Jurado Nacional de Elecciones y el propio Tribunal Constitucional. Todos ellos, cuentan con función jurisdiccional en materia que les ha sido reconocida y no para órganos cuya naturaleza sea administrativa. Es en este sentido, el Tribunal Constitucional señala que el permitir que los tribunales u órganos de la administración pública ejerzan el control difuso, atenta contra el sistema de control conforma por el control concentrado y el control difuso, al permitir que una entidad de la función administrativa, ejerce atribuciones propias de la función jurisdiccional.

3.2. Inaplicación de disposiciones al margen del recurso de acción popular

El control de legalidad reservado a los jueces, en las normas sobre las que se efectúa las disposiciones administrativas y en las que se pretende inaplicar con efectos generales, mantiene similitudes con la atribución y efecto conferidos en la acción popular. Similitud basada en la antinomia, producto de una infracción a la ley por los reglamentos, normas administrativas, resoluciones y decretos de carácter general, en sí, disposiciones administrativas, que al amparo del Decreto Legislativo 1256, pueden ser objeto de una inaplicación con efectos generales al determinarse su ilegalidad.

La controversia suscitada a razón de la facultad otorgada a la CEB y la Sala mediante el artículo 8 del Decreto Legislativo 1256, yace en poder dejar sin efecto, a nivel general, una disposición administrativa ilegal, en lo pertinente a normas con rango inferior a ley, vulnerando la competencia otorgado en los jueces del Poder Judicial a razón del control concentrado ejercido mediante la acción popular. Proceso que tiene como objeto el resguardo de infracciones a la Constitución y a la ley frente a normas de rango de menor jerarquía. El profesor Landa, al respecto precisa que la acción popular es “un proceso constitucional de tipo jurisdiccional encargado del control constitucional y legal, contras normas reglamentarias o administrativas, contrarias a la Constitución y a la ley.” (citado en Morón 2013:32). Asimismo, el artículo 76 del Código Procesal Constitucional señala:

“Artículo 76.- Procedencia de la demanda de acción popular

La demanda de acción popular procede contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen, siempre que infrinjan la Constitución o la ley, o cuando no hayan sido expedidas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución o la ley, según el caso” (El subrayado es nuestro)

Se reconoce el ejercicio de un control de legalidad en las disposiciones administrativas mediante la acción popular, como una acción de garantía constitucional llevada a cabo por los jueces del Poder Judicial. El doctor Quiroga brindando mayores alcances, señala:

“El control directo que la Acción popular establece dentro del ámbito de competencia del órgano jurisdiccional es, en primer lugar, un control legislativo; en tanto que en segundo

lugar este puede llegar a ser un control constitucional y convierte al órgano jurisdiccional en juez constitucional de la legislación derivada de la Administración Pública. Ello supone que no siempre el control que ha de establecerse mediante una acción popular será de orden constitucional, puesto que puede ser de orden legal, p. ej., (reglamento vs. Ley) sin necesidad de afrontar principio constitucional alguno” (citado en Moron 2013: 119)

El efecto generado por la acción popular ante el control de legalidad llevado a cabo, es la nulidad de la norma controvertida y con ello resultando inaplicable, no solo a quien presentó la demanda sino también ante quienes se encontrarán en el mismo supuesto, lo cual se da ante la declaración de las barreras burocráticas ilegales en disposiciones administrativas. La finalidad de los efectos generales de la acción popular, conlleva a una fundamentación similar a la argumentada en la Exposición de Motivos del Proyecto del Decreto Legislativo 1256, puesto manifiesta “...una evidente economía procesal al evitar el planteamiento de multitud de litigios con ocasión de los actos de aplicación del Reglamento ilegal, facilitando al propio tiempo la unidad de calificación de dicha ilegalidad.” (citado en Morón 2013:34). Ello encuentra sustento ante el reconocimiento dado a los jueces del poder judicial a nivel constitucional, por lo cual solo ellos pueden ejercerlo, a razón del principio de exclusividad señalado en el artículo 139 numeral 1 de la Constitución.

En relación a los efectos de las sentencias en los procesos de acción popular, establecido en el artículo 81 del Código Procesal Constitucional, se menciona:

“Artículo 81.- Efectos de la Sentencia fundada

[...]

Las sentencias fundadas recaídas en el proceso de acción popular podrán determinar la nulidad, con efecto retroactivo, de las normas impugnadas. En tal supuesto, la sentencia determinara sus alcances en el tiempo. Tienen efectos generales y se publican en el Diario Oficial El Peruano” (El subrayado es nuestro)

Es el juez al momento de resolver, el que pueda optar por dejar sin efecto la norma objeto del proceso de acción popular al declarar su nulidad, lo cual deviene en el efecto dado en el control de legalidad en las disposiciones administrativas el procedimiento de barreras burocráticas ilegales. Es así, que no solo se estaría atribuyendo una competencia indebida al poder establecer un efecto general en la inaplicación reconocida a los jueces sino

también, el recrear una vía alterna a la finalidad suscitada de la acción popular, una que, como tal, establece menores requisitos a razón de un mismo resultado.

3.2.1. Infracción indirecta en el marco de la acción popular

Denotando una vulneración directa a la competencia de los jueces del Poder Judicial, la inaplicación con efectos generales en reglamentos ilegales en los procedimientos de barreras burocráticas, contrasta con la infracción directa, resultando una de las formas de vulneración ante la jerarquía normativa que sustenta el proceso de acción popular. Como ya ha sido previamente referido, la infracción indirecta es asociada a un control de legalidad basado en una afectación intrínseca de la ley a razón del respaldo constitucional otorgado por la Constitución.

El control de legalidad se manifiesta en la infracción indirecta, al considerar que "... si bien el control de jueces sobre la administración emisora de los reglamentos implica un control constitucional en algunos casos, en la mayoría de ellos, se presenta directamente como un control de legalidad ordinario de la legislación derivada o reglamentaria y solo indirectamente de su constitucionalidad" (Morón 2013:119).

A modo de ejemplo, respecto a la controversia dada al inaplicar barreras burocráticas ilegales en disposiciones administrativas con efectos generales, pese a la competencia reconocida exclusivamente al Poder Judicial en relación al control normativo por la acción popular, es dada en la Resolución 0214-2018/SEL-INDECOPI. Procedimiento seguido por la empresa ALBIS S.A.¹⁶ -la denunciante- contra el Ministerio de Salud -la denunciada- respecto a la imposición de una barrera burocrática presunta ilegal o carente de razonabilidad, consistente en la exigencia, que el personal técnico en farmacia que labora en las boticas y farmacias se encuentren titulados, a razón de lo establecido en el artículo 43 del Reglamento de Establecimientos Farmacéuticos.

La Sala lleva a cabo un análisis de legalidad, determinando que el requisito de contar necesariamente con un título profesional, el cual se encuentra establecido en el artículo 43 del Reglamento de Establecimientos Farmacéuticos, resulta ilegal al contravenir lo

¹⁶ Compañía farmacéutica, cuyo giro principal es de Tiendas de Medicamentos y Farmacias.

establecido en el artículo 35 de la Ley 26842¹⁷. Norma que señala que al llevar a cabo actividades técnicas o auxiliares que mantenga relación con la salud de las personas, como lo es el ser personal técnico en farmacia, se podrá ejercer la actividad acorde al área que el título, certificado o autorización legalmente expedida, determine. Premisa que contrariamente a lo señalado en el artículo 43 del Reglamento, permite el acreditar estudios no solo con título profesional sino también con certificados y autorizaciones.

La restricción impuesta en el Reglamento no habría cumplido con el primer parámetro del control de legalidad, señalado en el artículo 14 del Decreto Legislativo 1256, al no existir atribuciones conferidas por ley que permitan a la entidad la imposición de la barrera burocrática. Al respecto, la restricción impuesta en el artículo 43 del Reglamento, no le ha sido otorgada al Ministerio de Salud mediante alguna ley, es más, la medida contravenía la Ley 26842, al hacer una distinción que el artículo 35 no realiza en ningún extremo. Es así, que el control de ilegalidad, que la inaplicación con efectos generales, del extremo que resulta una barrera burocrática ilegal en el Reglamento de Establecimientos Farmacéuticos, puede ser llevada a cabo por un juez del Poder Judicial en un proceso de acción popular. Ello a razón de la contravención de una norma de un rango inferior frente a una ley, pudiendo considerarse una infracción indirecta a la jerarquía normativa, puesto la Ley 26842, resulta una manifestación de la política nacional de salud que lleva a cabo el Estado por medio del Ejecutivo, acorde a lo establecido en el artículo 9 de la Constitución. De tal forma, se estaría vulnerando indirectamente la atribución otorgada, sobre todo al considerar que la barrera burocrática, de manera injustificada limita derechos fundamentales como lo es la libre iniciativa privada.

3.2.2. Similitud en la inaplicación de disposiciones administrativas ante el control ejercido por la acción de inconstitucionalidad

La controversia en torno a poder inaplicar barreras burocráticas ilegales carentes de razonabilidad en disposiciones administrativas, suscita mayor relevancia al considerar que una de las normas objetos del procedimiento mantiene rango de ley. Son las ordenanzas municipales o las ordenanzas regionales, emitidas por los gobiernos locales o

¹⁷ Ley General de Salud

regionales, las que resultan inaplicables al ser consideradas ilegales mediante el acto administrativo emitido por la CEB o la Sala, propiciando la ineficacia respecto a la finalidad con la que fueron previstas, al momento de ser promulgadas.

La consecuencia señalada es asociada a los efectos generados por la acción de constitucionalidad, la cual debe ser entendido como “un mecanismo procesal-constitucional para el control normativo «abstracto» de la constitucionalidad. Que el control sea abstracto significa que se realiza con independencia de la aplicación concreta en la realidad, en los casos particulares, de la norma sujeta a examen, aplicación concreta que puede existir o no.” (Brage 2013:208). Al ser una manifestación del control concentrado reconocido al Tribunal Constitucional frente a la vulneración de la Constitución, deviene en la derogación de la norma. En ese sentido, el artículo 81 del Código Procesal Constitucional, es claro al definir:

“Artículo 81.- Efectos de la Sentencia fundada

Las sentencias fundadas recaídas en el proceso de inconstitucionalidad dejan sin efecto las normas sobre las cuales se pronuncian. Tienen alcances generales y carecen de efectos retroactivos. Se publican íntegramente en el Diario Oficial el Peruano y producen efectos desde el día siguiente de su publicación.

[...]” (El subrayado es nuestro)

La peculiaridad del efecto general es dada a razón de su naturaleza como sentencia interpretativa de la Constitución, vinculando a todos los poderes públicos (Figueroa 2013:207). Consecuencia dada ante la derogación de la norma, alejándola del ordenamiento, resultando inaplicable en los supuestos similares. Es así, que la acción de inconstitucionalidad, establece un procedimiento a seguir respecto a las ordenanzas municipales o regionales, al ser normas con rango de ley frente a la vulneración que pudieran suscitarse a la Constitución. Ello deviene en poder generar un efecto que ha sido adoptado dado por la CEB y la Sala al inaplicar las ordenanzas regionales o municipales con efectos generales. Si bien en el proceso no se ejerce un control de constitucionalidad como tal, los efectos a razón de un control de legalidad son en la práctica los mismos, puesto al inaplicar, la norma o uno de sus extremos, al ser declarada barrera burocrática ilegal, conlleva a que la ordenanza resulte ineficaz, respecto a la finalidad con la que fue creada. Situación dada ante la derogación por la acción de inconstitucionalidad, puesto al

alejarse la norma del ordenamiento jurídico, ya no cuenta con eficacia respecto a la finalidad por la que fue creada.

| | Acción de Inconstitucionalidad | Barreras Burocráticas en disposiciones administrativas |
|-----------------------------|--|---|
| Finalidad | Garantiza la primacía de la Constitución | Controlar la legalidad en disposiciones administrativas |
| Competencia | Tribunal Constitucional | CEB y la Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas |
| Legitimación | Solo lo establecidos en el artículo 203 de la Constitución. | Cualquiera que se considerada afectado ante los efectos abstractos de la disposición. |
| Ambito de aplicación | Ley y normas con rango de ley | No ejerce control sobre leyes, salvo por ordenanzas municipales y regionales |
| Efectos | Deroga la norma que contravenga la Constitución, dejándola sin efecto, generando un efecto erga omnes. | Inaplica la disposición administrativa con efectos generales, no pudiendo volver a ser exigida. |

Fuente: Elaboración Propia

La inaplicación con efectos generales de las barreras burocráticas ilegales materializadas en disposiciones administrativas, no solo asume indebidamente una competencia dada a los jueces sino también, resulta en la práctica, una vía alterna a un procedimiento que ya es regulado por la Constitución ante normas, que por su naturaleza como rango de ley, requieren una mayor seguridad jurídica en su análisis. Función que no conlleva a que la CEB o la Sala no pueden evaluar su legalidad, lo cual es factible a razón del principio de legalidad establecido en el TUO de LPAG sino el que a raíz de ello, se lleve a cabo la inaplicación de una ordenanza municipal o regional, que en un razonamiento concreto, genera el mismo efecto de una derogación por un procedimiento de inconstitucionalidad sin los requisitos y restricciones que ello conlleva.

3.3. Propuesta ante la incompetencia de la CEB y la Sala

Se ha podido denotar que resulta evidente la controversia suscitada en el artículo 8 del Decreto Legislativo 1256, puesto como se ha demostrado, la inaplicación dada por los mandatos de la CEB y la Sala, genera un efecto idéntico, pero sin los requisitos y garantías, establecidos en los procesos del control concentrado – del procedimiento de acción popular y el procedimiento de acción de inconstitucionalidad. En ese sentido, a fin de evitar se mantenga la vulneración al ordenamiento jurídico y las competencias reconocidas a los jueces en la Constitución, debe derogarse el extremo del Decreto Legislativo 1256 – artículo 8, respecto a la inaplicación general de barreras burocráticas

ilegales, contenidas en disposiciones administrativas – que ha otorgado una competencia pese a no contar con las facultades para establecer, sobre todo considerado, que se pretende que una entidad de la administración ejerce una competencia, atribuida en el marco de la función jurisdiccional.

Al respecto, a fin de no significar un retroceso a la simplificación establecida a los mandatos que declaran barreras burocráticas ilegales con efectos generales en disposiciones administrativas, la CEB o la Sala al establecer la existencia de una barrera burocrática del tipo señalado, puede remitir informes a la Presidencia de Consejos de Ministros – en barreras contenidas en Decretos Supremos o Resoluciones Ministeriales – o ante el Consejo Municipal o Consejo Regional – en barreras contenidas en ordenanzas o disposiciones municipales. Ello a fin de poder informar la necesidad de establecer una barrera burocrática con efectos generales en disposiciones administrativas, ello al considerar que del procedimiento llevado por un administrado, se detectó la materialización de una barrera burocrática ilegal.

En ese sentido, las entidades al encontrarse sujetas los principios y procedimientos de simplificación administrativa, deberían tener un plazo de 30 días hábiles para pronunciarse al respecto, debiendo brindar una respuesta debidamente motivada, considerando que la barrera ha generado un efecto en concreto, el cual a sido inaplicado al considerarse ilegal. En el caso, ante la negativa de la entidad en pronunciarse, podría establecerse una multa pertinente, conforme la escala establecida en el Decreto Legislativo 1256, al considerar la existencia de una barrera burocrática como tal. Es importante indicar, que esta propuesta de procedimiento es basada con ciertas modificaciones, a las potestades reconocidas a la Comisión de Acceso al Mercado a razón de la Ley 28032¹⁸, en la LPAG.

CONCLUSIONES

- La incompetencia de la CEB y la Sala no deviene en aplicar el control de legalidad en una disposición administrativa sino el efecto de ello, haciendo que mediante

¹⁸ Ley de Eliminación de Barreras Burocráticas en favor de la competitividad de los agentes económicos publicado el 2003, actualmente derogada.

un acto administrativo se inaplique con efectos general una barrera burocrática ilegal materializada en una disposición administrativa. Un efecto que forma parte de las competencias atribuidas a los jueces del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional, que mediante recursos como la acción popular y la acción inconstitucionalidad, pueden derogar una ordenanza o declarar la nulidad de normas con rango inferior de ley, los cuales, cuentan entre sus efectos, la ineficacia de una norma vigente.

- El procedimiento de eliminación de barreras burocráticas y con ello, el inaplicar con efectos generales una disposición administrativa, conlleva a una evaluación del control de legalidad a fin de determinar si la norma cuestionada resulta ilegal. Es base a ello, que debe considerarse que las normas con rango inferior a ley son evaluadas mediante el mismo control y pueden devenir en ineficaces al declarar su nulidad, con efectos generales, mediante el recurso de la acción popular. Es en relación a ello, que la Constitución les reconoce tal competencia a los jueces, siendo solo ellos quienes podrían generar efectos de ineficacia en la norma antes las resoluciones que fueran a emitir, al ejercer el control de legalidad mediante la acción popular.
- El mandato de inaplicación de barreras burocráticas ilegales en disposiciones administrativas materializadas en reglamentos, la cual deviene de un control de legalidad, adopta una competencia reconocida en exclusividad a los jueces del Poder Judicial, a razón de una infracción indirecta a la Constitución mediante vulneraciones a una ley por normas con rango inferior a ley, como lo es el reglamento. Es ello lo que permite, que en frente a este supuesto en particular, el que el control de legalidad sea un control de infracción indirecta a la Constitución y con ello, recurrible a la acción popular.
- Resulta contradictorio, que mediante un acto administrativo de una entidad pública como lo es INDECOPI, se busque ejercer una atribución delegada en el marco de la función jurisdiccional, sobre todo al considerar que la inaplicación dada por mandato de la CEB o la Sala, repercute de manera directa en fuentes del ordenamiento jurídico. Fuentes donde la propia Constitución, establece procedimientos para inaplicar con efectos generales y de tal, forma no seguir

repercutiendo de manera negativa hacia los administrados, lo cual no podría ser igualado a razón de una motivación que tengo como fundamentos, asegurar un mayor dinamismo en el procedimiento, amparado en determinados extremos por la simplificación administrativa.

- INDECOPI a través de la CEB y la Sala pueden llevar a cabo el control de legalidad en entidades a través del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas, lo cual si estaría prohibido de hacer, considerando que ello es competencia de los jueces, es generar el efecto de inaplicación con efectos generales en disposiciones administrativas.
- El extremo del Decreto Legislativo 1256 referente al artículo 8, estableciendo que la CEB y la Sala pueden llevar a cabo la inaplicación de barreras burocráticas ilegales en disposiciones administrativas, resulta inconstitucional y de tal forma, factible de ser derogado. Ello, considerando que el INDECOPI no cuenta con la potestad para otorgar tal competencia, considerando que el efecto de ello, la inaplicación de la eficacia de una norma vigentes, es el mismo efecto dada por la acción de inconstitucionalidad y la acción popular.

BIBLIOGRAFIA

DOCTRINA

AVENDAÑO, Juan y ZUMAETA, Fiorella

2011 “El que no cae, no tiene que resbalar en el Poder Judicial: las barreras burocráticas y el procedimiento administrativo”. *IUS ET VERITAS*. Lima, número 43, p.208-229.

BRAGE, Joaquín

2014 “La acción peruana de inconstitucionalidad”. *Pensamiento Constitucional*. Lima, Núm. 19, pp. 207-230. Consulta: 20 de octubre de 2020.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/12525/13086>

CONGRESO DE LA REPUBLICA

- 2016 Exposición de Motivos – Proyecto de Decreto Legislativo que aprueban la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas. Consulta: 30 de setiembre de 2020.
http://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2016/ConstitucionReglamento/files/exposici%C3%B3n_de_motivos_dl_1256.pdf

DANÓS, Jorge

- 2010 “¿Constituye el acto administrativo fuente del Derecho en el Ordenamiento Jurídico Peruano?”. *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, número 9, p.21-37. Consulta: 30 de setiembre de 2020.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13703/14327>

FIGUEROA, Edwin

- 2013 “El proceso de inconstitucionalidad. Desarrollo, límites y retos”. *Pensamiento Constitucional*. Lima, Núm. 18, pp. 199-222. Consulta: 20 de octubre de 2020.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/8954/9362>

GORDILLO, Agustín

- 2011 “Capítulo I: El acto administrativo como parte de la función administrativa”. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. 10ª Edición, Tomo 3. Buenos Aires pp 1-30. Consulta: 10 de octubre de 2020.
https://www.gordillo.com/pdf_tomo3/capitulo1.pdf

GORDILLO, Agustín

- 2014 “Capítulo IX: El acto administrativo”. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. Tomo 9. Buenos Aires. pp 193-215. Consulta: 10 de octubre de 2020.
https://www.gordillo.com/pdf_tomo9/libroi/capitulo9.pdf

GUZMAN, Christian

2013 Manual del Procedimiento Administrativo General. Lima: Pacifico Editores.

HUAPAYA, Ramon

2001 “Propuesta de una nueva interpretación del concepto de Acto Administrativo contenido en la Ley de Procedimiento Administrativo General”. *Circulo de Derecho Administrativo*. Lima, Núm. 9, pp.115-133. Consulta: 30 de setiembre de 2020.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13709/14333>

LUNA, Lucía

2019 Módulo Instruccional: Eliminación de Barreras Burocráticas. Series Módulo Instruccionales. 01-2019 Eliminación de Barreras Burocráticas. Lima.

OCHOA, Cesar

2013 “El control de barreras burocráticas por el INDECOPI y la tutela de derechos fundamentales económicos”. *Revista de Derecho PUCP*. Lima, N°71, pp.413 - 442. Consulta: 30 de setiembre de 2020.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/8909/9314>

OCHOA, Francisco

2014 “Fundamentos del Procedimiento de Eliminación de Barreras Burocráticas”. *Revista de Competencia y la Propiedad Intelectual Edición Especial: Barreras Burocráticas*. Lima, año 10, número 19, pp.1-56. Consulta: 30 de setiembre de 2020.
<https://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/view/10/9>

MORALES, Juan

2010 “ La acción del juez en una sociedad democrática”. *Revista de la Maestría en Derecho Penal*. Lima, Núm. 1, pp. 1-34. Consulta: 30 de setiembre de 2020.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/2397/2348>

MORON, Carlos

2013 Análisis jurisprudencial del Proceso de Acción Popular en el Perú: Propuestas para mejorar el control jurisdiccional sobre las normas reglamentarias. (Tesis para optar el Grado Académico de Magister en Derecho con mención en Derecho Constitucional). PUCP, Lima. Consulta: 30 de setiembre de 2020.
http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/4504/MORON_URBINA_JUAN_ACCION_POPULAR.pdf?sequence=1&isAllowed=y

MORON, Carlos

2019 Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Dos Tomos. 14ª Edición. Lima: Gaceta Jurídica.

QUIROGA, Aníbal

1997 “El control constitucional de las barreras burocráticas y las facultades del INDECOPI”. *Derecho PUCP*. Lima, 51, pp. 323-352. Consulta: 20 de octubre de 2020.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6137/6156>

RUBIO, Marcial

2005 “La vigencia y validez de las normas jurídicas en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *THEMIS*. Lima, Núm. 51, pp. 7-18. Consulta: 15 de diciembre de 2020.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8786/9175>

RUBIO, Marcial

2009 El Sistema Jurídico Introducción al Derecho. Lima: Fondo Editorial PUCP

TASSANO, Herbert

2016 “Competencia y regulación” *DERECHO PUCP*. Lima, número 76, pp.105-121. Consulta: 30 de setiembre de 2020.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/14850/15392>

TOMA, Víctor

2013 “La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el examen de Constitucionalidad y el modelo de Control Derivado y sinérgico” *Derecho Sociedad*. Lima, número 40, p.13-37. Consulta: 09 de noviembre de 2020.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/12786>

ZAVALA, J.

2012 Comentarios a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

JURISPRUDENCIA

COMISION DE ELIMINACIÓN DE BARRERAS BÚROCRATICAS

2018 Expediente 0194-2017/CEB. Resolución 0214-2018/SEL-INDECOPI: 05 de julio de 2018. Consulta: 10 de noviembre de 2020.
https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/07/Resolucion-0214-2018-SEL-Indecopi-Legis.pe_.pdf

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2003 Expediente 0008-2003-AI/TC. Sentencia: 11 de noviembre de 2003. Consulta: 30 de setiembre de 2020.
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2005 Expediente 3330-2004-AA/TC. Sentencia: 11 de julio de 2005. Consulta: 30 de setiembre de 2020.
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03330-2004-AA.pdf>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2005 Expediente 0020-2005-PI/TC, 0021-2005-PI/TC (acumulados). Sentencia: 27 de septiembre de 2005. Consulta: 30 de setiembre de 2020.
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03330-2004-AA.pdf>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2006 Expediente 0047-2004-AI/TC. Sentencia: 11 de noviembre de 2013. Consulta:
10 de noviembre de 2020.
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00047-2004-AI.html>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2010 Expediente 00014-2009-PI/TC. Sentencia: 25 de agosto de 2010. Consulta:
30 de setiembre de 2020.
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00014-2009-AI.html>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2014 Expediente 01111-2013-PA/TC. Sentencia: 16 de abril de 2014. Consulta:
30 de setiembre de 2020.
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/01111-2013-AA%20Resolucion.html>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2014 Expediente 04293-2012-PA/TC. Sentencia: 18 de marzo de 2014. Consulta:
10 de noviembre de 2020.
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/04293-2012-AA.pd>