

Pontificia Universidad Católica del Perú
Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo

Título Trabajo Académico:

¿Efecto derogatorio de normas en la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas?

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

AUTORA:

Leticia Milagros Cajas Alvarado

ASESOR:

Juan Francisco Rojas Leo

CÓDIGO DE ALUMNO:

20112249

2018

RESUMEN

El objetivo central del presente trabajo académico es analizar si la competencia que ostenta la Comisión de Barreras Burocráticas del INDECOPI cuando declara la ilegalidad de una norma disponiendo su oponibilidad general produce un efecto derogatorio o no de la norma. Esto último con la finalidad de determinar si esta competencia, incorporada por el Decreto Legislativo N° 1256, contraviene lo establecido en la Constitución Política del Perú de 1993.

A la fecha, no se ha realizado formalmente un cuestionamiento constitucional a esta nueva competencia de la Comisión; es por ello, que el análisis realizado en el presente trabajo es importante, ya que nos permite conocer el impacto que se va a generar al pronunciamiento del Tribunal Constitucional en la sentencia Nro. 0014-2009-AI, en la cual el Tribunal Constitucional declaró la constitucionalidad de la competencia de la Comisión para declarar la ilegalidad de una barrera burocrática establecida en una norma, pero sólo al caso en concreto.

**¿EFECTO DEROGATORIO DE NORMAS EN LA COMISIÓN DE ELIMINACIÓN DE
BARRERAS BUROCRÁTICAS?**

ÍNDICE

Introducción.....	4
1. Proceso de evolución de las competencias de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas	5
2. Análisis del cambio normativo sobre la “inaplicación con efectos generales”	
2. 1. Nueva regulación del Decreto Legislativo N° 1256.....	11
2. 2. Breve caso práctico.....	13
2. 3. ¿Existe un efecto derogatorio en la práctica?.....	15
3. Impacto del cambio regulatorio en la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0014-2009-AI	
3. 1. Principales argumentos de la sentencia del TC N° 0014-2009-AI.....	19
3. 2. Impacto del nuevo régimen de competencias de la CEB.....	21
4. Postura sobre la constitucionalidad de la “inaplicación con efectos generales”.....	24
Conclusiones.....	25
Bibliografía.....	26

INTRODUCCIÓN

En ocasión al cambio normativo establecido por el Decreto Legislativo N° 1256, que regula como una nueva competencia de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del INDECOPI la facultad de poder inaplicar una norma con efectos generales, el presente trabajo académico tiene por finalidad, en primer lugar, analizar si cuando se declara la ilegalidad de una barrera burocrática materializada en una disposición administrativa, disponiendo su inaplicación no sólo al caso concreto sino con efectos generales, se presenta un efecto derogatorio o no de la norma cuestionada. Asimismo, se analizará cuál sería el impacto que este cambio normativo generaría a nivel constitucional.

Para tales efectos, comenzaremos con una breve reseña del proceso de evolución de esta comisión desde su creación, lo que nos permitirá conocer cómo fueron creciendo sus competencias hasta la actualidad. Posteriormente, analizaremos el cambio normativo en la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas sobre la competencia de inaplicación con efectos generales que beneficia no sólo al denunciante sino a todos los agentes económicos y administrativos afectados, impidiendo de esta forma que cualquier persona que ejerza función administrativa en la entidad denunciada aplique nuevamente la barrera declarada ilegal.

Lo señalado anteriormente, nos permitirá conocer el impacto que se generaría en la Sentencia del Tribunal Constitucional (TC) Nro. 0014-2009-AI, en la cual el Tribunal Constitucional declaró la constitucionalidad de la competencia de la Comisión para declarar la ilegalidad de una barrera burocrática, pero sólo al caso en concreto.

En virtud de los análisis antes señalados, se podrá establecer si la competencia de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas para declarar la ilegalidad de una norma disponiendo su oponibilidad general resulta ser inconstitucional o no.

1. PROCESO DE EVOLUCIÓN DE LA COMISIÓN DE ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS

Como punto de partida, y con la finalidad de efectuar un correcto análisis de la competencia de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas, en adelante la “CEB”, sobre la inaplicación con efectos generales de una barrera burocrática declarada ilegal, consideramos necesario conocer el proceso de evolución competencial de esta comisión desde sus inicios.

Para mayor claridad y entendimiento vamos a dividir el proceso de evolución de la CEB en tres principales períodos por los que pasó la comisión, que en cada uno de ellos tuvo un nombre distinto y sus facultades fueron incrementándose: (i) Comisión de Simplificación del Acceso y Salida del Mercado, (ii) Comisión de Acceso al Mercado, y (iii) Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas.

Como ya es de nuestro conocimiento, en nuestro país a inicios de los años noventa se realizaron una serie de reformas estructurales que buscaban revertir la crisis económica y social en la que se encontraba el Perú en aquella época. Algunas de estas reformas consistieron en la privatización de diversas empresas del Estado, el fortalecimiento de entes reguladores, la promoción de la competencia, incentivar la participación de inversionistas extranjeros, entre otros. Lo que se pretendía es que el Estado se retirara de diversos ámbitos económicos para dar paso a que el sector privado pueda intervenir y realizar una mejor actividad de la que se venía dando.

Es en este contexto, que a partir de 1992 se realizaron reformas a los antiguos esquemas normativos que regulaban la quiebra de los comerciantes, para así evitar la pérdida de la inversión realizada por el sector privado y buscar su permanencia en el mercado en un ambiente de competitividad y competencia.

Una de estas medidas fue la publicación del Decreto Ley N° 25868 – *Ley de Organización y Funciones del INDECOPI*, a finales de 1992, decreto que creó el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), como un organismo dependiente del Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales, que se encontraría destinado a proteger la

competitividad del mercado y reducir las prácticas que afecten a los agentes y consumidores.

En ese mismo año (1992), se publicó el Decreto Ley 26116 – *Ley de reestructuración empresarial*, mediante el cual se estableció el régimen aplicable al tratamiento de las empresas en estado de insolvencia, creando mecanismos de reestructuración de empresas viables y eliminando las barreras que impidieran u obstaculizaran su acceso al mercado. Sobre el particular, la Segunda Disposición Complementaria de este decreto modificó el Decreto Ley N° 2586, antes mencionado, incorporando a la **Comisión de Simplificación del Acceso y Salida del Mercado** como un órgano funcional de INDECOPI a la que se le establecieron las siguientes competencias:

*“**TERCERA.-** La Comisión de Simplificación del Acceso y Salida del Mercado a que se refiere el inciso g) del artículo 18 del Decreto Ley N° 25868, que forma parte del INDECOPI, tiene por objeto supervisar que no se impongan barreras burocráticas que impidan u obstaculicen el acceso o salida de las empresas de la actividad económica, velando por el cumplimiento de las disposiciones sobre simplificación administrativa contenidas en el Título IV del Decreto Legislativo N° 757 Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, así como el cumplimiento de lo dispuesto en el presente Decreto Ley.*

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

Como podemos observar, este primer período, que inició con la creación de una Comisión de Simplificación del Acceso y Salida del Mercado, partió con una normativa demasiado modesta sobre las competencias con las que ostentaría la comisión, ya que solo se regulaba que iba a supervisar que el Estado no imponga barreras burocráticas que impidan u obstaculicen el acceso o salida de las empresas de la actividad económica, sin mayor detalle ni precisión.

Asimismo, la parte final de esta disposición complementaria establecía que la comisión podía delegar sus funciones a entidades públicas o privadas que cuenten con reconocido prestigio, y personal especializado y con experiencia comprobada en materia de legislación económica o financiera, conforme a lo señalado en el reglamento del mencionado decreto. Es por ello que, como las autoridades concursales no querían realmente aplicar esta

disposición terminaban por enviar, en su mayoría, sus expedientes a la Comisión de Libre Competencia de Indecopi para que fueran estos los que los resolvieran¹.

Durante algunos años de experiencia desde la creación de INDECOPI, era necesario que las facultades de las Comisiones se precisen de forma clara; es por ello, que en abril de 1996 se realizaron algunas modificaciones a la estructura orgánica de esta entidad, buscando dotarla de mayor efectividad y eficacia, lo que nos lleva al segundo período del proceso evolutivo de la CEB.

Las modificaciones se dieron con la publicación del Decreto Legislativo N° 807 – *Ley sobre facultades, normas y organización del INDECOPI*, mediante la cual se modificó el Decreto Ley 25868 (decreto que creó al Indecopi). Uno de estos cambios fue la división de la Comisión de Simplificación del Acceso y Salida del Mercado; a partir de ese momento solo sería la **Comisión de Acceso al Mercado** la que se encargaría de la eliminación de las barreras burocráticas. Al respecto, el artículo 52° del mencionado decreto legislativo transfirió a la Comisión de Salida del Mercado las funciones que tenía la Comisión de Simplificación del Acceso y Salida del Mercado sobre la aplicación de la Ley de Reestructuración Empresarial, buscando que cada una de las comisiones tuviera una competencia específica.

Por su parte, el artículo 50° del mismo cuerpo normativo estableció la incorporación del famoso Artículo 26 BIS² al Decreto Ley N° 25868, el cual si bien hizo una mayor precisión

¹ Guzmán, Lucía y Nuñez, Carlos Algunos Aspectos relevantes de la Nueva Ley de Prevención y Eliminación de Barreras. Derecho y Socieda. Número 49. 2017, pp272.

S

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

Ninguna otra entidad de la Administración Pública podrá arrogarse estas facultades. La Comisión, mediante resolución, podrá eliminar las barreras burocráticas a que se refiere este artículo.

La Comisión podrá imponer sanciones y multas al funcionario o funcionarios que impongan la barrera burocrática declarada ilegal, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa y la formulación de la denuncia penal correspondiente, de ser el caso.

La escala de sanciones es la siguiente: falta leve con sanción de amonestación; falta grave con multa de hasta dos (2) UIT y falta muy grave con multa de hasta cinco (5) UIT.

y alcance sobre la actuación que tendría la Comisión de Acceso al Mercado (CAM), esta regulación siguió siendo insuficiente, ya que otorgaba facultades limitadas y tenía algunos vacíos que no fueron regulados.

Lo nuevo de la regulación de este Artículo 26 BIS es que se otorgó a la CAM facultades de sanción y una escala de sanciones que serían aplicables a los funcionarios que impusieran una barrera burocrática declarada ilegal. Asimismo, se señaló que esta comisión podía eliminar la barrera burocrática ilegal o irracional, pero no se precisó si la eliminación sería general o al caso en concreto; el INDECOPI decidió que sería al caso concreto para evitar cualquier tipo de cuestionamiento. Ahora, resulta importante señalar que la CAM no podía declarar barreras burocráticas que se encontraran reguladas en Decretos Supremos, lo que limitaba su ámbito de actuación.

Como podemos observar, el Artículo 26 BIS fue la primera norma que aclaró y señaló cuales deberían ser las facultades de una comisión que se dedicaría a supervisar que no se impongan barreras burocráticas ilegales o irracionales. La regulación de este artículo, pese a diversas modificaciones, hasta la fecha sigue conservando esa esencia que se buscaba que tuviera la comisión y por la cual se creó.

Ahora bien, es importante señalar que, en agosto de 1997, la CAM emitió la Resolución N° 182-97-TDC, como un precedente de observancia obligatoria, el famoso precedente de “Taxis Amarillos”, mediante el cual se estableció la metodología de análisis que se debía seguir para poder resolver un procedimiento de eliminación de barreras burocráticas³. Este precedente tuvo gran importancia ya que fue el que se aplicó, durante muchos años, para resolver todos los casos que conocía la CAM, debido a que la regulación normativa no indicaba nada sobre este tema.

En caso que la presunta barrera burocrática haya sido establecida en un Decreto Supremo o Resolución Ministerial, la Comisión no podrá ordenar su derogatoria o implicación ni imponer sanciones. En tal supuesto el pronunciamiento de la Comisión se realizará a través de un informe que será elevado a la Presidencia del Consejo de Ministros para ser puesto en conocimiento del Consejo de Ministros a fin de que este adopte las medidas que correspondan.

Lo dispuesto en el párrafo que antecede también será de aplicación a la Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales a que se refiere el artículo anterior.”

³ Siempre y cuando el caso no se encontrará vinculado a temas de tributos.

En el año 2001, las limitadas competencias de la CAM se vieron aún más recortadas con la entrada en vigencia del artículo 48° de la Ley N° 27444 – *Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG)*, ya que, además de los Decretos Supremos, esta comisión también perdió competencia para poder ordenar la eliminación de las ordenanzas municipales o regionales, debido a que se exigía:

- (i) para los casos de decretos supremos, elevarlos a la Presidencia del Consejo de Ministros para que sean puestos en conocimiento del Consejo de Ministros, el cual debería necesariamente resolver lo planteado en un plazo de 30 días;
- (ii) en los casos de Ordenanzas Municipales o Regionales elevarlos al Concejo Municipal o Regional, según corresponda, para que resuelva en el plazo de 30 días.

No obstante lo anterior, en abril de 2007 esta situación cambió con la publicación de la Ley N° 28996 – *Ley de eliminación de sobrecostos, trabas y restricciones a la inversión privada*, debido a que esta norma modificó el artículo 48° de la LAPG disponiendo que cuando la barrera burocrática se encuentre establecida en un decreto supremo, resolución ministerial o una ordenanza regional o municipal, la CAM se pronunciaría mediante una resolución para disponer su inaplicación al caso en concreto.

Finalmente, la tercera etapa inició en un contexto en el que se buscaba mejorar el fortalecimiento institucional del INDECOPI, afianzar su autonomía y generar una mayor predictibilidad de su actuación; es por ello que, en junio de 2008 se publicó del Decreto Legislativo N° 1033 – *Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Organización y Funciones del INDECOPI*. Esta norma cambió la denominación de la Comisión de Acceso al Mercado por la de **Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (CEB)**; además, derogó al Decreto Ley N° 25868 (decreto que creó el Indecopi) con excepción de los artículos 26 y 26 BIS, los que permanecerían vigentes hasta que se dictarían las leyes que regulen las competencias de la CEB.

En ese mismo año, en el marco de una política institucional de desconcentración de las funciones de la CEB, se desconcentró territorialmente las competencias de la comisión de la sede central a once oficinas regionales del Perú. A los años siguientes, específicamente

en agosto de 2010, el Tribunal Constitucional reconoció la constitucionalidad de las facultades CEB, con lo cual se legitimó su actuación para que pueda disponer la inaplicación de una barrera burocrática, pero al caso en contrato (este punto será analizado a mayor detalle en el tercer capítulo del presente artículo). Como podemos observar, su nivel de actuación se iba modelando poco a poco.

Posteriormente, en setiembre de 2015, se emite el Decreto Legislativo N° 1212 – *Decreto Legislativo que refuerza las facultades sobre la eliminación de barreras burocráticas para el fomento de la competitividad*, mediante el cual se modificó el Artículo 26 BIS del Decreto Ley N° 25868, con la finalidad de ampliar el nivel de actuación de la CEB, ya que a partir de esta modificación no solo se comprendía a las barreras burocráticas contenidas en actos o disposiciones emitidas por las entidades de la Administración, sino también a las que se manifestaran mediante actuaciones administrativas.

Luego de algunos años, finalmente en 2016, se emitió la norma que regularía las competencias de la CEB. Nos referimos al Decreto Legislativo N° 1256 – *Decreto legislativo que aprueba la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas*, el cual derogó el artículo 26 BIS del Decreto Ley N° 25868. Esta norma ha establecido un régimen jurídico para la prevención y eliminación de barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad que restrinjan u obstaculicen el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado, el mismo que será analizado a mayor detalle en el siguiente capítulo.

En base a todo lo señalado anteriormente, podemos concluir que la CEB nació con una regulación modesta y con facultades limitadas que a través de los años han ido incrementándose, en donde inicialmente no se especificaba si la eliminación de una barrera burocrática se aplicaría a todos los casos (efecto general) o a un caso en particular (caso por caso que sea denunciado). Un punto medio, fue cuando se reguló que la eliminación se realizaría a los casos en concreto, hasta la reciente regulación normativa que establece que la eliminación de la barrera tendrá oponibilidad general. La regulación de la CEB pasó de tener cuatro líneas a tener una normativa completa que recoge todo lo mejor de lo que hemos mencionado hasta ahora.

2. ANÁLISIS DEL CAMBIO NORMATIVO SOBRE LA “INAPLICACIÓN CON EFECTOS GENERALES”

El presente capítulo tiene como objetivo analizar el nuevo régimen de competencia de la CEB en la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas, dado con el Decreto Legislativo N° 1256, en lo referente a la facultad de declarar la inaplicación de una barrera burocrática con efectos generales. Ello, nos servirá para poder determinar si esta nueva facultad que ostenta la CEB, en realidad, produce un efecto derogatorio en la norma que se cuestiona.

2. 1. Nueva regulación del Decreto Legislativo N° 1256

Como ya ha sido mencionado anteriormente, el Decreto Legislativo N° 1256 ha compilado y desarrollado en un solo cuerpo normativo un régimen de actuación para la CEB con mayor precisión y detalle. Este nuevo régimen representa un gran avance ya que ha establecido el procedimiento que debe aplicar la CEB para realizar el examen de análisis de legalidad y de racionalidad, recogiendo la esencia de lo que ya se había establecido en el precedente Taxis Amarillos. El procedimiento es claro y los pasos para realizar el análisis también lo son.

Ahora bien, sin duda una de las características más importante de este régimen normativo, y en la que nos enfocaremos a efectos del presente artículo, es sobre la facultad de inaplicación con efectos generales. Resulta pertinente señalar que hasta antes de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1256, la competencia de la CEB siempre fue de una inaplicación al caso en concreto.

De acuerdo con esta nueva regulación, se establece que la CEB es competente para conocer (i) los actos administrativos, (ii) disposiciones administrativas, y (iii) las actuaciones materiales, incluso en ámbito municipal y regional, que impongan barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad.

Respecto de la competencia de inaplicación con efectos generales, se señala que este efecto solo aplicará ante procedimientos iniciados de oficio o a pedido de parte, en dónde se declare la ilegalidad de barreras burocráticas que se encuentren

contenidas en disposiciones administrativas, entendiéndose por éstas a todo dispositivo normativo emitido por una entidad destinado a producir efectos jurídicos abstractos y generales sobre un grupo indeterminado.

Asimismo, se establece que se entiende por “inaplicación con efectos generales” al efecto de una resolución emitida por la CEB que beneficia a todos los agentes económicos y administrativos afectados, real o potencialmente, por una barrera burocrática contenida en una disposición administrativa.

La inaplicación con efectos generales va a operar a partir del día siguiente de publicado el extracto de la resolución emitida por la comisión en el diario oficial “El Peruano”. Ahora, si posterior a esa publicación un funcionario, servidor público o cualquier persona que ejerza función administrativa por delegación en la entidad que fuera denunciada, aplica las barreras burocráticas declaradas ilegales, y es denunciado ante la CEB, esta comisión encausará el escrito de la demanda presentado como una denuncia informativa de incumplimiento de Mandato, pudiendo aplicarle una sanción de multa de hasta veinte (20) Unidades Impositivas Tributarias (UIT).

Como podemos observar, la finalidad de esta nueva competencia de la CEB es que no solo se beneficie el denunciante sino todos los agentes económicos y administrativos que puedan verse afectados con la barrera burocrática, y que se impida a la entidad denunciada que pueda aplicar nuevamente la barrera declarada como ilegal.

En virtud de lo antes expuesto, podemos concluir que cuando la CEB declara la ilegalidad de una barrera burocrática contenida en una disposición administrativa se entenderá que esta se inaplicará con efectos generales a todos los administrados que puedan verse afectados por la barrera burocrática. Por consiguiente, para que opere este efecto deben concurrir los siguientes supuestos:

1. La barrera burocrática denunciada se encuentre en una disposición administrativa.
2. La CEB declare la ilegalidad de esta barrera.

3. Se haya publicado un extracto de la resolución de la CEB en la separata de Normas Legales del diario oficial “El Peruano”.

2. 2. Breve caso práctico

A efectos de tener mayor claridad sobre cómo actúa la facultad de la CEB de inaplicación con efectos generales a continuación desarrollaremos brevemente un caso práctico donde se haya producido este tipo de efecto.

El 23 de febrero de 2018, la CEB emitió la Resolución N° 0108-2018/CEB-INDECOPI. Mediante esta resolución la CEB declaró como barreras burocráticas ilegales a diversas exigencias impuestas por la Municipalidad Distrital de Pueblo Libre a través de su Ordenanza Municipal N° 488-MPL, entre algunas de ellas, a modo de ejemplo, las siguientes:

- i. La exigencia de que la edificación donde se instale una Estación de Radiocomunicación y/o torres livianas y/o antenas, deberá contar con el acondicionamiento necesario para eliminar los efectos acústicos y de vibraciones que puedan producir.
- ii. La imposición de una distancia mínima de 300 metros entre la ubicación de una y otra Estación de Radiocomunicación.
- iii. El impedimento de colocar Estaciones de Radiocomunicación en las áreas verdes de uso público, cuya administración, desarrollo y competencia exclusiva sea del gobierno local.
- iv. Es impedimento de colocar Estaciones de Radiocomunicación en Zonas Arqueológicas, en la Zona Monumental y en inmuebles declarados Patrimonio Cultural del Distrito de Pueblo Libre.

Al respecto, la CEB estableció que estas exigencias contravenían lo dispuesto en el artículo 4° de la Ley N° 29022, *Ley para la Expansión de Infraestructura de Telecomunicaciones*, y los artículos VII° del Título Preliminar y 78° de la Ley 27972, *Ley Orgánica de Municipalidades*, ya que señala que los gobiernos locales no cuentan con las competencias para aplicar condiciones relacionadas a las características y para la ubicación de estaciones base radioeléctricas u otro tipo de

infraestructura en telecomunicaciones. Con ello se vulneraban nomas especiales y normas técnicas vinculadas a la prestación del servicio público de telecomunicaciones.

Como podemos observar se han cumplido los dos primeros requisitos. En primer lugar, se cumple que la barrera burocrática se encuentra regulada en una disposición administrativa, en este caso se trata de una ordenanza municipal emitida por la Municipalidad de Pueblo Libre. En segundo lugar, también se cumple que la CEB ha declarado mediante la Resolución N° 0108-2018 la ilegalidad de las exigencias contenidas de la Ordenanza Municipal N° 488-MPL.

Ahora, respecto del tercer requisito, esto es que se haya publicado un extracto de la resolución de la CEB en el diario oficial “El Peruano”, debemos de indicar que sí se ha cumplido, ya que posteriormente, el 23 de mayo de 2018, se publicó en este diario el siguiente anuncio:



Las publicaciones de la CEB tienen el formato de la imagen anterior donde se establecen los datos importantes sobre la barrera burocrática declarada ilegal como lo son: (i) el número de resolución de la CEB, (ii) su fecha de emisión, (iii) el nombre de la entidad que emitió la barrera burocrática ilegal, (iv) la disposición

administrativa, (v) la identificación de las barreras burocráticas ilegales y (vi) los principales fundamentos de la decisión de la CEB.

Asimismo, en la parte final de este tipo de publicaciones del INCECOPI, se indica lo siguiente:

“De conformidad con lo establecido en el artículo 8 del Decreto Legislativo N° 1256, se dispuso la inaplicación, con efectos generales, de las barreras burocráticas declaradas ilegales en favor de todos los agentes económicos y/o ciudadanos que se vean afectados por su imposición. Este mandato de inaplicación surte efectos a partir del día siguiente de publicado el extracto de la Resolución N° 01108-2018/CEB-INDECOPI en la Separata de Normas Legales del diario oficial El Peruano.”

Por lo tanto, de acuerdo con la nueva regulación de la CEB, en este caso práctico, a partir del día 24 de mayo de 2018 estas barreras burocráticas declaradas ilegales contenidas en la Ordenanza Municipal N° 0108-2018-MPL no deberán ser aplicadas ni exigidas por ningún funcionario, servidor público o cualquier persona que ejerza función administrativa por delegación de la Municipalidad de Pueblo Libre. De esta forma no solo se beneficia el denunciante sino todos los agentes económicos que puedan verse afectados, sin tener que denunciar nuevamente la barrera para que también se las puedan inaplicar.

2. 3. ¿Existe un efecto derogatorio en la práctica?

Luego de conocer el alcance y los elementos que se deben de cumplir para que opere la inaplicación con efectos generales, vamos a pasar a analizar si en realidad se produce o no un efecto derogatorio en la práctica.

Antes de comenzar con el análisis, debemos tener presente que la CEB ante una barrera burocrática ilegal contenida en una disposición administrativa dispone su inaplicación con efectos generales, para que ninguna autoridad de la entidad administrativa denunciada la aplique nuevamente, ya que si llegará a hacerlo sería sancionada con una multa de hasta veinte (20) UIT.

Lo antes señalado representa un mandato de inaplicación dispuesto por la CEB, por lo cual la entidad denunciada no podrá exigir nuevamente su cumplimiento a los administrados y/o agentes económicos.

Ahora bien, para poder responder la interrogante sobre el efecto derogatorio consideramos necesario referirnos a la diferencia que existe entre una norma vigente y una norma válida.

Con respecto a la norma vigente, el Tribunal Constitucional señala que para que una norma sea considerada vigente tiene que haber sido (i) producida respetando los procedimientos mínimos necesarios previstos en el ordenamiento jurídico y que haya sido (ii) aprobada por el órgano competente para emitirla⁴.

Como podemos observar una norma será vigente cuando cumpla con los dos requisitos antes señalados. Ahora, el artículo 51° de la Constitución Política del Perú establece que “La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado”, por lo que debemos entender que esta exigencia de la publicidad la encontramos dentro del requisito de haber sido producida respetando los procedimientos mínimos necesarios previstos en el ordenamiento jurídico.

Sobre el particular, Marcial Rubio⁵ ha señalado que el efecto que genera la vigencia de una norma es su eficacia, lo que significa que su cumplimiento es exigible como un mandato dentro del Derecho para todos los ciudadanos que deben de respetar y cumplir.

Es por ello que toda norma vigente goza de una presunción de validez y por lo tanto tendrá eficacia mientras no sea modificada o derogada por otra norma de rango equivalente o superior, o sea declarada inconstitucional o ilegal de acuerdo con los procedimientos establecidos en la Constitución (Acción de inconstitucionalidad o Acción Popular).

⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente N° 0014-2003-AI/TC, emitida el 10 de diciembre de 2003.

⁵ Rubio, Marcial. La vigencia y validez de las normas jurídicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. 2005. Themis, revista N° 51. Pp 10

Por su parte, respecto de lo que debemos entender por norma válida, Marcial Rubio⁶ señala que:

“La norma válida es aquella que, en adición a estar vigente, cumple con los requisitos de no incompatibilidad con otras de rango superior tanto en forma como en fondo. En consecuencia, toda norma válida es por definición vigente; pero no necesariamente toda norma vigente es válida (...)”.

Como se puede advertir, la validez de una norma esta referirá a su constitucionalidad y legalidad. Debemos recordar que el artículo 51° de la Constitución establece que la norma constitucional va a prevalecer sobre toda norma legal, y la ley sobre toda norma de inferior jerarquía; por lo tanto, toda norma será válida cuando no sea incompatible con otras de jerarquía mayor.

A efectos de realizar el análisis de validez, la Constitución ha establecido procedimientos específicos para poder determinar la inconstitucionalidad o ilegalidad de las normas. En primer lugar, tenemos a la acción de inconstitucionalidad⁷, que procede contra las normas que tienen rango de ley (leyes, decretos legislativos, decretos de urgencias, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales y ordenanzas municipales) que contravengan la Constitución.

El Tribunal Constitucional se encuentra facultado a realizar el control de constitucionalidad, las sentencias donde se declare la inconstitucionalidad de una norma deben ser publicadas en el diario oficial El Peruano, para que a partir del día siguiente de esta publicación la norma quede sin eficacia, es decir, ya no se encontrará vigente en el ordenamiento jurídico y por tanto su cumplimiento no será exigible.

En segundo lugar, tenemos al procedimiento de acción popular que procede contra reglamentos, normas administrativas, resoluciones y decretos de carácter general, cualquier sea la autoridad de las que emana, que contravengan la Constitución y la ley.

⁶ Rubio, Marcial. *El Sistema Jurídico Introducción al Derecho*. 2009. Décima Edición, Lima: Fondo Editorial PUCP. pp104

⁷ Regulado en el artículo 220° de la Constitución Política del Perú.

El Poder Judicial es el organismo que ostenta de forma exclusiva la competente para realizar el control de legalidad y constitucionalidad de las normas señaladas en el párrafo anterior. Las sentencias que emita declarando la ilegalidad o inconstitucionalidad de una de estas normas tienen efectos generales y se publican en el diario oficial El Peruano para que queden sin eficacia y sea expulsada del ordenamiento jurídico.

De lo antes expuesto, podemos señalar que el efecto que produce una derogación, o la declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad de una norma es que deja de existir para el ordenamiento jurídico, por lo tanto, no va a tener eficacia ni será exigible su cumplimiento.

Este efecto al compararlo con el efecto de oponibilidad general de la CEB, podemos darnos cuenta que en la práctica lo que en realidad se produce es un efecto derogatorio de la norma ya que está se convertiría en ineficaz sin haber seguido los procedimientos establecidos por la Constitución. Por lo tanto, podemos señalar que se está facultando a la CEB, una entidad que depende del Poder Ejecutivo, a disponer que una norma ya no tenga eficacia, cuando la Constitución ha establecido la presunción de validez de las normas hasta que se demuestre lo contrario mediante una acción de inconstitucionalidad o una acción popular.

3. IMPACTO DEL CAMBIO REGULATORIO EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N° 0014-2009-AI

En este tercer capítulo comenzaremos dando a conocer los principales argumentos del Tribunal Constitucional en la sentencia del Expediente N° 0014-2009-AI, mediante la cual se declaró la constitucionalidad de la competencia de la CEB para declarar la ilegalidad de una barrera burocrática, pero sólo al caso en concreto. Es importante recordar que, en ese momento, no se encontraba vigente la regulación del Decreto Legislativo N° 1256, sino lo establecido en el antes mencionado Artículo 26 BIS.

Posteriormente, analizaremos el impacto que se generaría a esta sentencia con la nueva competencia de la CEB de inaplicación con efectos generales de una barrera burocrática ilegal contenida en una disposición administrativa.

3. 1. Principales argumentos del Tribunal Constitucional en la Sentencia del Exp. N° 0014-2009-AI

A inicios del año 2009, el alcalde de la Municipalidad Metropolitana de Lima inició una acción de inconstitucionalidad solicitando que se declare inconstitucional el artículo 3° de la Ley N° 28996- *Ley de eliminación de sobrecostos, trabas y restricciones a la inversión privada, que modificó el artículo 48 de la Ley N° 27444*, ya que consideraba que vulneraba el artículo 138° de la Constitución referido al control difuso de las normas, los principios de supremacía de la Constitución, de competencia y de separación de poderes, así como las normas constitucionales referidas a la autonomía de los Gobiernos Locales.

Sobre el particular, esta modificatoria al artículo 48^{8o} de la LPAG, en líneas generales, establecía que la CAM tenía competencia para disponer la inaplicación

⁸ **“Artículo 48°.- Cumplimiento de las normas del presente capítulo**

(...)

Cuando en un asunto de competencia de la Comisión de Acceso al Mercado, la barrera burocrática haya sido establecida por un decreto supremo, una resolución ministerial o una norma municipal o regional de carácter general, dicha Comisión se pronunciará, mediante resolución, disponiendo su inaplicación al caso concreto. La resolución de la Comisión podrá ser impugnada ante la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI.

al caso en concreto de barreras burocráticas establecidas en decretos supremos, resoluciones ministeriales o normas municipales y regionales de carácter general. Adicionalmente, se establecía que la CAM podía notificar a la entidad que emitió la norma con la resolución donde declara su ilegalidad para que ésta pueda disponer su modificación o derogación.

Posteriormente, el 25 de agosto de 2010 el Tribunal Constitucional emitió la Sentencia del Expediente 014-2009-PI/TC, en la que declaró Infundada la demanda de inconstitucionalidad, ya que consideraba que las competencias de la comisión, en esa época la CAM, no resultaban inconstitucionales en base a los principales argumentos que desarrollaremos en las siguientes líneas.

En principio, el Tribunal Constitucional señaló que la autonomía municipal o regional no puede afectar la unidad del mercado, porque ello podría implicar una afectación al sistema de economía social de mercado establecido en la Constitución. Lo que significa que, en base a esta autonomía, las políticas locales o regionales no pueden contravenir políticas nacionales dirigidas a procurar el bienestar nacional.

Es por ello que, el Tribunal señaló que las competencias de la CEB se desenvuelven dentro del ámbito del control de legalidad de las normas, y su ejercicio se circunscribe al ámbito de protección de la competitividad del mercado. Asimismo, se ha expresado en la sentencia que cuando la CEB inaplica una ordenanza no alega su inconstitucionalidad sino su ilegalidad.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional considera que la competencia de la CEB, según la regulación de aquel momento, no es inconstitucional porque en la normativa cuestionada no se encuentra que se le confiere a la CEB la facultad de expulsar del ordenamiento jurídicos una normativa de rango legal o infra legal, ya

Sin perjuicio de la inaplicación al caso en concreto, la resolución será notificada a la entidad estatal que emitió la norma para que pueda disponer su modificación o derogación.

*Asimismo, tratándose de procedimientos iniciados de oficio por la Comisión de Acceso al Mercado, el INDECOPI podrá interponer la demanda de acción popular contra barreras burocráticas contenidas en decretos supremos, a fin de lograr su modificación o derogación y, con el mismo propósito, acudir a la Defensoría del Pueblo para que se interponga la demanda de inconstitucionalidad contra barreras burocráticas contenidas en normas municipales y regionales de carácter general, que tengan rango de ley.
(...)”.*

que solo le otorga la facultad de inaplicar al caso en concreto una norma que contravenga la Constitución.

De igual forma, el Tribunal señaló que se establece que en el caso que la CEB actué de oficio podrá interponer demanda de acción popular a fin de solicitar que una norma de rango infra legal sea expulsada, o en caso la barrera burocrática este contenida en una norma de rango de ley podrá acudir a la Defensoría del Pueblo para la demanda de inconstitucionalidad.

Por último, cuando la normativa cuestionada establece que la resolución de la CEB será notificada a la entidad estatal que emitió la barrera burocrática para que pueda disponer su modificación o derogación, el Tribunal Constitucional expresó que si se interpreta literalmente en el sentido que con la sola notificación la entidad está obligada a modificar o derogar la normativa inaplicada al caso en concreto resultaría inconstitucional. Sin embargo, lo que se dispone en realidad es que la entidad que emitió la norma cuestionada puede disponer la modificatoria o derogación, no configurándose un mandato sino una consideración de evaluación.

3. 2. Impacto del nuevo régimen de competencias de la CEB

Habiendo desarrollado de forma concisa los principales argumentos por los cuales el Tribunal Constitucional declaró constitucional la competencia de la CEB (cuando ésta tenía la facultad de disponer la inaplicación de una norma al caso en concreto), pasaremos a desarrollar brevemente el impacto que se generaría en la citada sentencia en base al nuevo régimen de competencia establecido en el Decreto Legislativo N° 1256.

Como ya ha sido mencionado, con este nuevo régimen normativo se regula que la CEB puede disponer la inaplicación con efectos generales de una barrera burocrática ilegal contenida en una disposición administrativa, exigiendo que la entidad denunciada no vuelva a exigir su cumplimiento a ningún administrado y/o agente económico.

Sobre el particular, consideramos que este cambio normativo en la competencia de la CEB presenta dos principales impactos que afectan la constitucionalidad declarada por el Tribunal Constitucional.

En primer lugar, que la inaplicación de la norma ya no se realizará al caso en concreto sino de forma general, produciéndose el mismo efecto de haber sido expulsada del ordenamiento jurídico; es decir, un efecto derogatorio de la norma ya que no tendrá eficacia porque no será exigible su cumplimiento.

El mismo Decreto Legislativo N° 1256 establece que esto representa un mandato de inaplicación establecido por la CEB, que debe ser cumplido y respetado por las entidades denunciadas de la administración, caso contrario podrán ser sancionadas con una multa de hasta veinte UIT.

Asimismo, el nuevo régimen normativo de la CEB regula que las entidades del Poder Ejecutivo no pueden interponer demanda contencioso-administrativa contra las resoluciones que emita la CEB, salvo que la acción judicial sea autorizada expresamente por la máxima autoridad de la entidad, y que la referida autorización sea aprobada en el Consejo de Ministros. Lo cual termina limitando el nivel de defensa y de actuación de las entidades denunciadas para acudir al Poder Judicial y que éste realice una evaluación de validez de la norma cuestionada.

Recordemos que todas las normas desde su entrada en vigencia gozan de presunción de validez. La Constitución peruana establece y regula los mecanismos constitucionales para poder declarar una norma inconstitucional o ilegal, y por ende ser expulsadas del ordenamiento jurídico.

Como se puede advertir, este cambio deja sin sustento a lo declarado por el Tribunal Constitucional, ya que este nuevo régimen le confiere a la CEB la facultad de poder declarar ineficaz una norma de rango legal o infra legal, ya que al día siguiente de la publicación en el diario El Peruano, de un extracto de la resolución de la CEB, no podrá ser exigida por la entidad que la emitió.

Ahora, si bien no se está expulsando formalmente a la norma del ordenamiento jurídico, el efecto que se produce termina siendo el mismo, que es el de la ineficacia. Ello porque luego de la mencionada publicación se configura un mandato a la

entidad denunciada para que no vuelva a exigir el cumplimiento, esto es un mandato de obligatorio cumplimiento no una solicitud de evaluación.

En segundo lugar, otro impacto constitucional es que se está permitiendo que un tribunal administrativo, donde sus funcionarios son designados por el Poder Ejecutivo, pueda inaplicar una norma con efectos generales. Ello representa un problema porque es un órgano dependiente del Poder Ejecutivo y por ende podría ejercer presión sobre la CEB para que actúe de acuerdo con las políticas del gobierno de turno.

Es por ello, que la Constitución ha establecido tres poderes del Estado con un nivel de actuación distinto para cada uno, otorgándole al Poder Judicial la facultad de poder inaplicar una ley por contravenir la constitución; asimismo, este organismo es el encargado de resolver de forma exclusiva todas las demandas de acción popular que se presenten contra normas infra legales.

La CEB, al ser una entidad administrativa no tienen competencia constitucional para poder ejercer esta facultad de inaplicación con efectos generales de disposiciones normativa. Mas aún cuando la Constitución tienes establecido a la acción constitucional y acción popular como mecanismos para realizar el control de constitucionalidad y de legalidad.

De lo antes mencionado, podemos concluir que este nuevo régimen de competencias de la CEB deja sin base a los argumentos expresados por el Tribunal Constitucional en la sentencia desarrollada en el presente capítulo, ya que el ámbito de las competencias de la comisión se ha modificado de lo que se encontraba regulado cuando el Tribunal emitió su pronunciamiento.

4. POSTURA SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA “INAPLICACIÓN CON EFECTOS GENERALES”

En base a todo lo señalado en los capítulos anteriores, podemos concluir que la facultad que ostenta la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas de inaplicación con efectos generales de una disposición normativa resulta ser inconstitucional.

Como ya hemos advertido, una autoridad administrativa, como lo es el INDECOPI, no se le puede otorgar una facultad para disponer la inaplicación de una norma con efectos generales. Se debe tener presente que para poder dejar sin efecto con carácter general a una norma nuestra Constitución ha establecido mecanismos especiales como lo son la acción de inconstitucionalidad y la acción popular, mediante los cuales se realizan los controles de constitucionalidad y de legalidad.

Asimismo, debemos señalar que el efecto que se produce con esta disposición de la CEB es que la norma se va a volver ineficaz, ya que no podrá exigirse su cumplimiento a ningún administrado ni agente económico. Este efecto es el mismo efecto que produce la derogación de una norma, debido a que se le impone un mandato de inaplicación a la entidad que emite la norma cuestionada.

Ahora, es cierto que este nuevo régimen normativo de la CEB reduce costos y genera que todos los administrados y agentes económicos se puedan ver beneficiados del efecto “erga omnes” sin tener que presentar una nueva denuncia ante la CEB. La realidad nos demuestra que se viene aplicando de forma eficiente, ya que Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas del INDECOPI, de enero a junio del presente año confirmó la ilegalidad de 75 barreras burocráticas, las mismas que se han inaplicado con efectos generales.

Consideramos que, si hasta ahora no se ha presentado formalmente ningún tipo de cuestionamiento constitucional mediante la acción de inconstitucionalidad es porque este régimen normativo de la CEB goza de aceptación, ya que finalmente genera beneficios y reduce costos; sin embargo, no debemos olvidar que esta competencia tiene impedimentos constitucionales. Por lo tanto, se deben sincerar y reconocer ello para poder buscar una solución que no contravenga lo establecido en nuestra Constitución.

CONCLUSIONES

- Podemos concluir que la CEB nació con una regulación modesta y con facultades limitadas que a través de los años han ido incrementándose, en donde inicialmente no se especificaba si la eliminación de una barrera burocrática se aplicaría a todos los casos (efecto general) o a un caso en particular (caso por caso que sea denunciado). Un punto medio, fue cuando se reguló que la eliminación se realizaría a los casos en concreto, hasta la reciente regulación normativa que establece que la eliminación de la barrera tendrá oponibilidad general. La regulación de la CEB pasó de tener 4 líneas a tener una normativa completa que recoge todo lo mejor de lo que hemos mencionado hasta ahora.
- Los elementos esenciales que deben concurrir para que se pueda inaplicar una norma con efectos generales son que: (i) la barrera burocrática denuncia se encuentre en una disposición administrativa, (ii) la CEB declare la ilegalidad de esta barrera, y (iii) se haya publicado un extracto de la resolución de la CEB en la separata de Normas Legales del diario oficial “El Peruano”.
- El efecto que produce la derogación de normas al compararlo con el efecto de oponibilidad general de la CEB, podemos darnos cuenta que en la práctica lo que en realidad se produce es un efecto derogatorio de la norma ya que está se convertiría en ineficaz sin haber seguido los procedimientos establecidos por la Constitución.
- Por lo tanto, podemos señalar que se está facultando a la CEB, una entidad que depende del Poder Ejecutivo, a disponer que una norma ya no tenga eficacia, cuando la Constitución ha establecido la presunción de validez de las normas hasta que se demuestre lo contrario mediante una acción de inconstitucionalidad o una acción popular.
- Este régimen de competencias de la CEB deja sin base a los argumentos expresados por el Tribunal Constitucional en la sentencia del expediente N°0014-2009-AI, ya que el ámbito de las competencias de la CEB se ha modificado delo que se encontraba regulado cuando el Tribunal las declaró constitucional.

BIBLIOGRAFIA

Artículos en revista

GUZMÁN, Lucía y NUÑEZ, Carlos

2017 *Algunos aspectos relevantes de la Nueva Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas*. Derecho y Sociedad. Lima, Número 49, pp. 271-274

CHUECA, José

2005 “*La comisión de acceso al mercado del Indecopi y su contribución al desarrollo económico mediante la eliminación de barreras burocráticas*”. Derecho & Sociedad. Lima, Año 16, Número 24, pp. 171-175.

DELGADO, Enrique

2012 “*Propuesta de reforma del sistema de eliminación de barreras burocráticas*”. Revista de Actualidad Mercantil. Lima, Número 01, pp. 41-44.

RUBIO, Marcial

2005 “*La vigencia y validez de las normas jurídicas en las jurisprudencia del Tribunal Constitucional*”. Revista THEMIS. Lima, Número 51, pp. 07-18.

Decreto

PODER EJECUTIVO

2016 *Decreto Legislativo N^o. 1256*. Lima, 11 de diciembre.

Expediente

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2003 *Expediente N^o. 00014-2003-AI/TC*. Sentencia: 10 de diciembre de 2003.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2010 *Expediente N^o. 0014-2009-AI/TC*. Sentencia: 25 de agosto de 2010.

Libros

BALDO, Kresalja y OCHOA, César

2017 “Derecho Constitucional Económico”. Lima: Fondo Editorial PUCP.

MUÑOZ, Santiago

2015 *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo III Los principios de Constitucionalidad y Legalidad*. Madrid: Imprenta Nacional de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

RUBIO, Marcial

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

Ley

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

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

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

1993 *Ley N° 28237, Ley que crea el Código Procesal Constitucional*. Lima, 31 de mayo.

Informe

INDECOPI

2017 *Manual sobre prevención y eliminación de barreras burocráticas*. Lima.

INDECOPI

2013 *Análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos*. Lima: Gráfica Aliaga.

Noticias

GESTIÓN

2018 *Indecopi logró que se eliminen más de 2,400 barreras burocráticas de manera voluntaria*. Publicado el 8 de agosto de 2018.
<https://gestion.pe/economia/indecopi-logro-eliminaren-2-400-barreras-burocraticas-manera-voluntaria-240982>

UNIVERSIDAD DEL PACÍFICO

2013

¿Nuevas facultades para el Indecopi en eliminación de barreras burocráticas?. Publicado el 21 de setiembre de 2016.

<http://elcristalroto.pe/regulatorio/nuevas-facultades-para-el-indecopi-en-eliminacion-de-barreras-burocraticas-ya-era-hora/>

