

REGULACIÓN Y COMPETENCIA

PROPUESTA DE REFORMA DEL SISTEMA DE ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS

AUTOR: Enrique Delgado Flores

Abogado egresado de la Pontificia Universidad
Católica del Perú. Socio del Estudio Barrios & Fuentes Abogados

La Constitución Política del Perú establece que es una obligación del Estado Peruano facilitar y vigilar la libre competencia, eliminando cualquier factor que busque limitarla. Para tal fin, existen leyes que combaten tanto las prácticas anticompetitivas (abuso de posición de dominio y prácticas colusorias), como también las que combaten la competencia desleal.

Sin embargo, la labor de protección de la libre competencia no puede limitarse al control de las prácticas que realizan quienes ya se encuentran en el mercado sino que además debe incluir medidas que garanticen el derecho a acceder al mercado a quienes desean empezar a competir.

En ese sentido, la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas de INDECOPI (CEB), antes llamada Comisión de Acceso al Mercado, cumple una importante labor en defensa de la competencia en la medida que permite eliminar restricciones artificiales al acceso de nuevos competidores al mercado.

Esta labor indudablemente redundará en un beneficio a los consumidores pues la presencia de un mayor número de oferentes normalmente implica mejoras en la calidad y precio de los bienes a su disposición.

Sin embargo, por razones vinculadas a la jerarquía de las normas que establecen dichas barreras burocráticas, veremos que en muchos casos la importante labor realizada por la CEB puede tornarse inútil o, en todo caso, el resultado final de las denuncias que tramita termina siendo poco valioso.

¿Qué se entiende por barreras burocráticas?

Como señala Chueca¹, las Barreras Burocráticas son exigencias con origen en un acto de la administración que los particulares deben asumir para el desarrollo de actividades económicas (licencias, permisos, pagos de derechos, registros; etc.).

El mismo autor nos recuerda que tales barreras no son malas per se, sino que de hecho muchas de ellas son útiles para la convivencia pacífica o para la protección de otros bienes valiosos (por ejemplo necesidades de respetar reglas de zonificación, realización de Estudios de Impacto Ambiental previos; etc.), pero que también existen muchas que sí tienen un efecto perjudicial pues al exigir requisitos que resultan ilegales en algunos casos o sólo irracionales en otros impiden la entrada de nuevos competidores, perjudicando el interés no sólo de la empresa directamente afectada por la barrera, sino también del consumidor al impedir la existencia de una mayor oferta.

En nuestro país la Ley N° 28996 ha introducido una definición legal de barreras burocráticas (aunque sería más preciso que las llamase barreras burocráticas ilegales e irracionales), que es la siguiente:

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

La labor de la CEB es precisamente velar por la desaparición de esas barreras, sin embargo, como describiremos más adelante, lamentablemente en muchos casos la labor de la dicha comisión resulta poco útil, pues las resoluciones que dicta finalmente no cumplen con su cometido de remover las referidas barreras del ordenamiento jurídico, sino que se limitan a dejarlas sin efecto para un caso específico.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Como se señala en la definición contenida en la Ley N° 28996 que acabamos de transcribir, las barreras burocráticas pueden ser impuestas por medio de actos de la administración (entiéndase actos administrativos) o por disposiciones (vale decir normas de carácter general emitidas en ejercicio de la función normativa del Estado).

Cuando se trata de barreras impuestas por actos administrativos, la decisión de la CEB de removerla cumple cabalmente su objetivo pues dicha traba de acceso al mercado es dejada sin efecto beneficiando de modo inmediato a todos los destinatarios originales del Acto Administrativo removido, incluso si no fueron parte del proceso ante INDECOPI.

El problema surge cuando la barrera es impuesta por una norma, pues en dichos casos la Ley del Procedimiento Administrativo General señala que la decisión de la CEB únicamente deja sin efecto dicha norma para el caso específico, pero la norma sigue vigente para cualquier otro administrado que no haya sido parte del procedimiento administrativo, notificándose la decisión a la Entidad para que ella de motu propio la derogue.

El problema es que al no existir plazos claros para el cumplimiento de esa derogación o modificación, y mucho menos mecanismos que permitan a INDECOPI obligar a las entidades que impusieron la barrera a que hagan las modificaciones normativas necesarias, en muchos casos, pese a la decisión de INDECOPI la norma (y por tanto la barrera burocrática) se mantiene vigente de modo indefinido.

Lógicamente que INDECOPI (es decir el Estado Peruano) haya invertido tiempo y recursos en identificar una barrera burocrática y que sin embargo esta se mantenga vigente de modo indefinido (es decir que la decisión de INDECOPI sea poco útil) constituye un desperdicio de recursos que debería ser corregido.

Sólo a modo de ejemplo vamos a mencionar los casos de las Municipalidades de Concepción y La Oroya² municipios ambos denunciados por empresas de telecomunicaciones debido a que la forma en que determinaban los derechos que debían pagarse para obtener determinados permisos era ilegal. En ambos casos, los procedimientos administrativos y los derechos fueron creados por ordenanzas, motivo por el cual las resoluciones de INDECOPI únicamente

declararon su inaplicación para los casos concretos de los denunciantes, pero dichas barreras aún están vigentes si otra empresa desea realizar el mismo trámite.

Vale decir, si otra empresa desease realizar la misma actividad tendría o que asumir los cobros ilegales, o bien iniciar nuevamente un procedimiento frente a INDECOPI, lo que significaría que todo el proceso previo ha sido poco útil.

LA INAPLICACIÓN GENERAL COMO ALTERNATIVA DE SOLUCIÓN

La respuesta intuitiva al problema planteado parece ser otorgar a INDECOPI la facultad de remover con efectos generales la barrera, vale decir dejar sin efecto la norma que la impuso.

Sin embargo, dicha alternativa no es viable tomando en cuenta la jerarquía de las normas que han impuesto la barrera, razón por la cual la alternativa legal actual es que la CEB se limite únicamente a declarar la inaplicación en el caso concreto y solicite a la entidad que ella misma derogue la norma.

Debemos señalar que esta alternativa que es aparentemente poco eficiente, es sin embargo más fuerte que la que existía hace algunos años, donde se señalaba expresamente que luego de concluido el procedimiento, la CEB no podía inaplicar la barrera si ella se originaba en un Decreto Supremo o una Resolución Ministerial.³

De hecho, en un pasado más o menos reciente se señalaba que la CEB no podía inaplicar ninguna norma ni siquiera al caso concreto pues se asumía que ello era parte del ejercicio de control difuso de la constitucionalidad y por tanto era una prerrogativa exclusiva del Poder Judicial. Así tenemos por ejemplo, que Aníbal Quiroga⁴ señala lo siguiente:

“... debemos dejar plenamente establecido que la facultad de inaplicación de las normas legales por colisión constitucional (“judicial review” o “control judicial de la constitucionalidad de las leyes”) se encuentra exclusivamente reservado de modo restrictivo a los jueces del poder Judicial y sólo en el ejercicio de la función jurisdiccional – entendida en su sentido estricto- y denominado por la doctrina constitucional como el Control Difuso de la Constitucionalidad de las normas...”

Sin embargo, como sabemos posteriormente el Tribunal Constitucional mediante su Sentencia expedida en el Expediente N° 3741-2004-AA/TC que constituye PRECEDENTE VINCULANTE estableció una regla procesal que justifica plenamente que instancias como la CEB o el Tribunal del INDECOPI puedan declarar la inaplicación de las normas a casos concretos:

“Regla sustancia: Todo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de pre-

ferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los Artículos 38°, 51° y 138° de la Constitución. Para ello, se deben observar los siguientes presupuestos: (1) que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo; (2) que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución.”

Como recordábamos al iniciar este artículo, la Constitución expresamente señala que el Estado debe combatir toda práctica que impida la libre competencia y por tanto inaplicar una norma que de algún modo la restringe es lógicamente una simple ejecución del mandato del Tribunal Constitucional reproducido líneas arriba.

RECURRIR AL PODER JUDICIAL O AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La casuística ha demostrado que las normas, por medio de las cuales se suele imponer barreras burocráticas, son los Decretos Supremos y las resoluciones Ministeriales (caso del gobierno central) así como las ordenanzas municipales.

Para poder dejar sin efecto con carácter general este tipo de normas, la propia Constitución establece mecanismos especiales tales como la Acción Popular (para las dos primeras) o la Acción de Inconstitucionalidad (para las ordenanzas).

Aplicando dichos preceptos, la Ley del Procedimiento Administrativo General al desarrollar las funciones de la CEB ha establecido que siempre que se trate de procesos iniciados de oficio:

- La CEB puede recurrir directamente al Poder Judicial demandando la Acción Popular en contra de los Decretos Supremos y Resoluciones Ministeriales que lo requieran; o,
- Que la CEB solicite a la Defensoría del Pueblo el inicio de una Acción de Inconstitucionalidad contra la Ordenanza que establece una barrera burocrática.

En este supuesto la distinción entre quién debe ser sujeto activo obedece al hecho que la Acción Popular es una acción abierta que puede ser demandada por cualquier persona (y por tanto la CEB puede hacerlo), pero en cambio la Acción de Inconstitucionalidad sólo puede ser planteada por determinados sujetos expresamente legitimados por Ley, entre los cuales se incluye la Defensoría del Pueblo, pero no INDECOPI.⁵

Ahora bien, consideramos que el mecanismo establecido por la Ley que acabamos de mencionar para las Acciones de Garantía antes mencionadas tiene algunos problemas:

- El primero es el hecho que ambas acciones tienen un plazo máximo para ejercitarlas lo cual no necesariamente es congruente con la necesidad de eliminar barreras burocráticas. En efecto, bien podría ser el caso que alguien desee ejercer una actividad muchos años después de que, por ejemplo, una Resolución Ministerial hubiese impuesto un requisito muy oneroso. Obviamente en este caso ya no se podrá iniciar una Acción de Inconstitucionalidad, pero ello no implica que el requisito hay dejado de ser una barrera; y,
- Los procesos de garantía son muy largos. Como sabemos, con frecuencia las actividades empresariales requieren respuestas rápidas y en algunos casos remover una barrera pero muchos años después de haber sido impuesta puede ser absolutamente inútil.

PROPUESTA

En ese sentido, es necesario buscar alternativas nuevas que permitan que las decisiones de la CEB sean realmente efectivas.

Una posibilidad para lograr ello es, por ejemplo, que se establezca que una vez que se ha declarado ilegal o irracional una barrera, cualquier particular distinto al que hizo la primera denuncia pueda solicitar a INDECOPI que se declare la inaplicación también para su caso, y que para ello baste una simple solicitud que deba ser resuelta por INDECOPI en plazos muy breves (digamos menos de una semana). Una propuesta de este tipo no requiere de grandes modificaciones legales, y no altera los mecanismos de garantías constitucionales ya establecidos (a los que siempre podrá recurrir el particular si lo desea).

Otra posibilidad es establecer, dentro de los mecanismos de garantía constitucional antes descritos, submodalidades específicas vinculadas exclusivamente a la remoción de barreras burocráticas, en las que se incluya la participación de INDECOPI mediante dictámenes o recomendaciones a la instancia que deba resolver, estableciéndose además plazos muy cortos tanto para la emisión de tales dictámenes así como para la emisión de la decisión final por parte del juzgador. Esta segunda alternativa es por supuesto más complicada que la anterior, pero la consideramos igualmente viable.

CONCLUSION

Es claro que el mecanismo de remoción de barreras burocráticas a cargo de INDECOPI necesita ser reformulado en aras de lograr una mayor eficiencia permitiendo que sus resoluciones no se restrinjan a un caso específico, sino que realmente remuevan la barrera para la generalidad de privados.

Sin embargo, dado que no es posible que un ente colegiado o un tribunal administrativo puedan hacer ello, se debe

buscar mecanismos más sencillos que permitan a INDECOPI replicar las decisiones tomadas en un caso a otros casos similares en un tiempo muy corto y a un costo muy bajo para los administrados.

1 *Chueca Romero, José. "La Comisión de Acceso al Mercado del INDECOPI y su*
2 *Contribución al Desarrollo Económico mediante la Eliminación de Barreras*
3 *Burocráticas". Revista Derecho y Sociedad, No 24, Lima, 2005, pp 171.*
4 *Resoluciones N° 0179-2010/CEB-INDECOPI y 0227-2010/CEB-INDECOPI*
5 *El Artículo 26 BIS del Decreto Ley 25868 dice 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 im
poner sanciones.
Quiroga León, Anibal, "El Control Constitucional de las Barreras Burocráticas",
Revista Derecho, No 51, Fac. de Derecho, PUC del Perú, Lima, 1997, pp 330.
No podemos dejar de mencionar que la Defensoría inicio una Acción de
Inconstitucionalidad pidiendo más bien que se declare inconstitucional
la norma que permite a INDECOPI obligarla a iniciar estos procesos de
garantía. La respuesta del Tribunal Constitucional fue un rechazo a
dicho pedido.

BARRIOS

FUENTES

ABOGADOS