

La concretización de la Tutela Efectiva en los Procedimientos de Eliminación de Barreras Burocráticas: a propósito de la conducta de determinadas entidades públicas por mantener Barreras de Acceso al Mercado

José Alonzo Jiménez Alemán*

SUMILLA

El abuso en el ejercicio de las potestades normativas de los Gobiernos Locales es una práctica constante en estos niveles de gobierno, la cual se origina a partir de una mal entendida "autonomía municipal". Precisamente el INDECOPI, a través de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas, es una de las entidades encargadas de velar por coherencia del ordenamiento jurídico, lo cual logra a través de la concretización de sus competencias que involucran la inaplicación de los actos o disposiciones de la Administración Pública que contengan vicios de legalidad o irracionalidad, con el propósito de inaplicarlas al caso en concreto. En razón de ello, en el presente artículo analizaremos una situación bastante frecuente en los Gobiernos Locales, consistente en mantener las disposiciones administrativas declaradas ilegales e irracionales por parte de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas, a través de la emisión de Ordenanzas bajo los mismos alcances y efectos. Ante ello, planteamos una herramienta procedimental para combatir este tipo de conductas, a través de la aplicación del derecho fundamental de todo administrado a una tutela efectiva.

I. Introducción

La dificultad en la tramitación de los procedimientos eleva el costo de la formalidad, perjudica a los agentes económicos e impide el funcionamiento eficiente de la economía. Qué duda cabe que uno de los costos de dicha formalidad es la obtención de una serie de autorizaciones necesarias para el funcionamiento de la actividad económica deseada, títulos habilitantes indispensables para el inicio de sus actividades. En esa línea, las dificultades existentes para su obtención, dificultan la inversión y desarrollo económico, siendo entonces consecuente implementar mecanismos de simplificación y eficacia administrativa.

De acuerdo a lo anterior, la razón de ser de la simplificación administrativa se concentra en la reducción de intervenciones administrativas que gravan de forma injustificada o desproporcionada la actividad de los ciudadanos y de las empresas¹, facilitando la interacción con la Administración Pública.

En esa línea, la simplificación administrativa no es solo un problema de incomodidad o de pérdida de tiempo en colas o en trámites, como bien señala el profesor GUZMÁN NAPURÍ², sino que más bien es un tema que involucra la inversión, el desarrollo económico y la credibilidad del Estado y sus instituciones frente al ciudadano. De ahí la

* Abogado contratado por el Estudio Amprimo, Flury & Arrieta Abogados Sociedad Civil de Responsabilidad Limitada. Miembro del Consejo de Egresados del Círculo de Derecho Administrativo (CDA).

¹ TORNO MAS, Joaquín. "La simplificación procedimental en el ordenamiento español". En: Revista de Administración Pública N° 151. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 2000, p 42.

² GUZMÁN NAPURÍ, Christian. "La simplificación administrativa y el nuevo régimen de Licencias de Funcionamiento". En Revista Actualidad Jurídica, Editorial Gaceta Jurídica, Tomo 162, mayo 2007.

importancia y trascendencia de tomar medidas. La simplificación administrativa es, por tanto, el mecanismo necesario para eliminar sobrecostos³.

Ahora bien, en el caso específico de la regulación referente a la obtención de autorizaciones para la instalación de elementos de publicidad exterior, en los últimos tiempos se ha convertido en una ineludible barrera de acceso al mercado para los agentes económicos dedicados a este rubro, debido a la ilegalidad y arbitrariedad con que vienen actuando principalmente los Gobiernos Locales, generando sobrecostos innecesarios para la actuación de los agentes económicos.

Estando a lo expuesto, el presente artículo tiene por objeto analizar una constante práctica ilícita de determinados Gobiernos Locales, consistente en la emisión de Ordenanzas con el objeto de encubrir y restituir la vigencia de disposiciones declaradas ilegales o irracionales por parte del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual (en adelante INDECOPI), a propósito de un ejercicio abusivo y arbitrario de su potestad normativa, haciendo imposible su inaplicación al caso concreto, volviendo aparentemente ineficaz a todo el sistema de eliminación de barreras burocráticas.

II. El Sistema de Eliminación de Barreras Burocráticas

Como se sabe, el sistema de Eliminación de Barreras Burocráticas se encuentra encabezado por la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del INDECOPI (en adelante "la CEB"), órgano que tiene por competencia identificar y eliminar los actos y disposiciones de las entidades administrativas del Estado que limitan o restringen el acceso o la permanencia de los agentes económicos en el mercado o que incumplan lo dispuesto en las normas de simplificación administrativa.

Las atribuciones y facultades de la CEB se encuentran establecidas en el artículo 26BIS del Decreto Ley N° 25868, Ley de Organización y Funciones del INDECOPI; en el artículo 48°

de la Ley del Procedimiento Administrativo General, modificado por la Ley N° 28996, Ley de Eliminación de Sobrecostos, Trabas y Restricciones a la Inversión Privada; en la Ley N° 28032, Ley de Eliminación de Barreras Burocráticas en favor de la Competitividad de los Agentes Económicos; y, en el artículo 61° de la Ley de Tributación Municipal.

De acuerdo a la normativa antes mencionada, la competencia de la CEB consiste en determinar si un acto o disposición emitida por la Administración Pública incurre en vicios de ilegalidad o irracionalidad, y, de ser el caso, declarar su condición de barrera burocrática y por ende inaplicarla para el caso en particular, incluso cuando ésta haya sido establecida a través de un Decreto Supremo, Resolución Ministerial o una norma municipal o regional de carácter general.

Cabe mencionar, que la referida competencia de la CEB ha sido cuestionada mediante demandas de inconstitucionalidad recaídas en los Expedientes N° 00023-2008-AI/TC y N° 000014-2009-AI/TC, mediante las cuales se pretendió la declaración de inconstitucionalidad, y por ende la expulsión del ordenamiento jurídico del artículo 48° de la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, argumentado que la facultad del INDECOPI involucraría invadir ilegítimamente las competencias de los Gobiernos Locales, Regionales, y de la Defensoría del Pueblo, respectivamente. Ambas demandas fueron declaradas infundadas, confirmando con ello la constitucionalidad de este sistema⁴.

En ese sentido, es totalmente claro que las competencias de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas le permiten eliminar actos o disposiciones -para casos particulares- emitidos por Gobiernos Locales, que incurran en vicios de legalidad o irracionalidad, de acuerdo a los criterios desarrollados por el INDECOPI en pronunciamientos de observancia obligatoria⁵.

Todo ello se concretiza en la práctica con la declaración de condición de barrera burocrática de determinados actos y disposiciones, y, como consecuencia de ello, se ordene su inaplicación

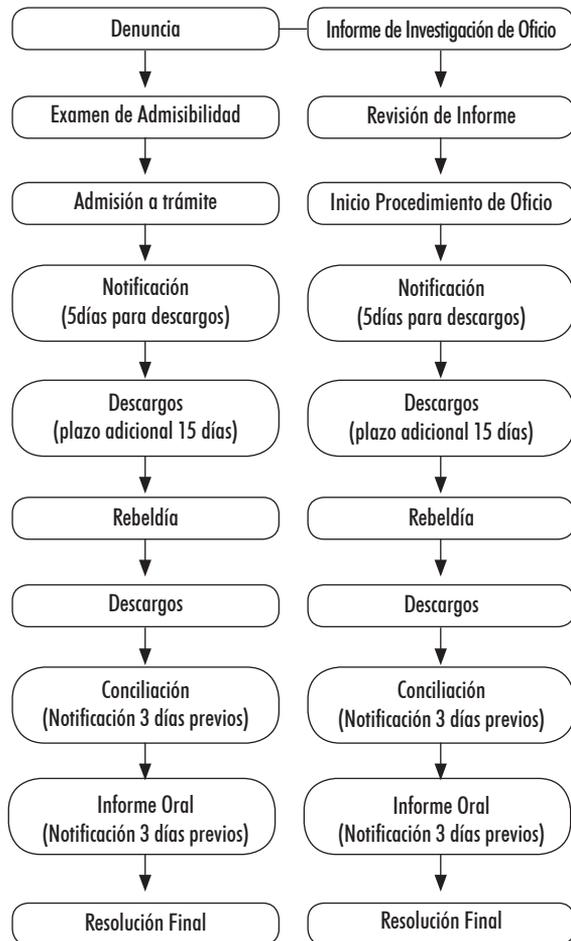
³ ÁREA DE ESTUDIOS ECONÓMICOS DEL INDECOPI. "Impulsando la simplificación administrativa: un reto pendiente". Documento de Trabajo N° 002-2000, publicado el 10 de abril del 2000 en el diario oficial El Peruano, p. 15

⁴ Para consultar una posición crítica respecto del sistema de eliminación de barreras burocráticas: CÉSPEDES ZAVALA, Adolfo, INFORME PRÁCTICO: "La Ley de Eliminación de Sobrecostos, trabas y barreras burocráticas. Análisis de sus aciertos y desaciertos". En Revista Actualidad Jurídica editada por Gaceta Jurídica, Tomo N° 163, junio 2007.

⁵ Entre los principales pronunciamientos de observancia obligatoria contamos con la Resolución N° 182-97-TDC publicada en el diario oficial El Peruano con fecha 20 de agosto de 1997; la Resolución N° 188-97-TDC publicada en el diario oficial El Peruano con fecha 17 de octubre de 1997; y la Resolución N° 213-97-TDC publicada en el diario oficial El Peruano con fecha 17 de octubre de 1997.

al caso concreto del administrado que obtuvo el pronunciamiento favorable.

Por último, conviene señalar que el procedimiento de Eliminación de Barreras Burocráticas se rige por el procedimiento único, el cual se encuentra contemplado en la Sexta Disposición Transitoria del Decreto Legislativo N° 807, cuya duración máxima es de 120 días hábiles, el cual podemos graficar de la siguiente forma, para efectos didácticos:



III. ¿Cómo puede devenir en ineficaz el sistema de eliminación de barreras burocráticas?

La respuesta a la interrogante planteada nos toca vivirla día a día a los abogados que vemos el manejo de determinados Gobiernos Locales, quienes en su afán por mantener disposiciones válidamente declaradas como barreras burocráticas ilegales o irracionales por la CEB, emiten nuevas Ordenanzas Municipales reiterando los vicios de los actos o disposiciones anteriores, bajo similares alcances y efectos, volviendo imposible la ejecución de las resoluciones emitidas por dicha entidad

administrativa, con el objeto de inaplicar al caso concreto la disposición administrativa declarada como barrera burocrática, consiguiendo el objetivo de mantener dichas disposiciones ilegales y/o irracionales en el sistema jurídico.

Ahora bien, para efectos prácticos, ejemplifiquemos lo expuesto en razón de un caso hipotético a continuación:

Imaginemos que el 15 de marzo de 2004 la Municipalidad Distrital de Corococha emite la Ordenanza N° 191-MDC, mediante la cual se prohíbe de forma absoluta la instalación de paneles publicitarios en los techos y azoteas de los predios destinados a casa-habitación del distrito; asimismo limita la vigencia de la autorización para la instalación de elementos de publicidad exterior en su jurisdicción a un plazo de 1 año.

Ante ello, el señor Alfredo Casasola interpone una denuncia contra la Municipalidad Distrital de Corococha ante la Oficina Regional del INDECOPI competente, pretendiendo se declare la condición de barrera burocrática de las disposiciones antes descritas, y como consecuencia de ello se inaplique a su caso en concreto. Dicha denuncia es declarada fundada por la Oficina Regional y confirmada por la Sala N° 1 de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa del INDECOPI en Lima.

Ante la solicitud de ejecución de lo dispuesto en última instancia por el INDECOPI, la Municipalidad de Distrital de Corococha, inmediatamente, emite la Ordenanza N° 256-MDC, la misma que modifica la Ordenanza N° 191-MDC, imponiendo ilegalmente las mismas prohibiciones que la norma antes mencionada, motivo por el cual al momento de presentar las nuevas solicitudes de instalación de publicidad exterior, se resuelve declararlas improcedentes por incumplir lo dispuesto en la nueva Ordenanza N° 256-MDC.

Estando al ejemplo planteado, la pregunta que surge inmediatamente es ¿Acaso el sistema de eliminación de barreras burocráticas ha fracasado, a propósito de abusos en el ejercicio de la potestad normativa de los Gobiernos Locales? ¿Existen acaso otras vías para salvaguardar el Derecho Fundamental de los operadores económicos a la libre iniciativa privada o acceso al mercado que viene siendo manifiestamente violado?

Evidentemente, deviene en ineficaz un sistema que no pueda cumplir su finalidad, la cual consiste en eliminar barreras de acceso al mercado con el objeto de que los operadores económicos realicen sus actividades de la forma más eficiente posible.

Así pues, en caso no pueda cubrir dicha finalidad, estaríamos frente a una herramienta procedimental que debe perfeccionarse para el mejor funcionamiento del sistema⁶.

Nada alejado de la realidad, encontramos una situación similar en la normativa emitida por la Municipalidad Distrital de San Isidro que reguló la instalación de elementos de publicidad exterior, la cual explicamos a continuación al detalle:

1. Mediante Resolución N° 2320-2010/SC1 se declaró fundada la denuncia presentada por PANELES NAPSA S.A. (en adelante NAPSA) contra la Municipalidad Distrital de San Isidro, sobre imposición de Barreras Burocráticas ilegales y carentes de razonabilidad para la instalación de elementos de publicidad exterior contenidas en la Ordenanza N° 248-MSI, determinando su inaplicación al caso en concreto.
2. Es el caso que, luego de declarada fundada la denuncia, la Municipalidad Distrital de San Isidro emitió la Ordenanza N° 315-MSI del 02 de octubre de 2010, mediante la cual se dispuso arbitrariamente suspender la recepción de solicitudes de autorización municipal, tal como a la letra señala:
“Artículo Primero.- Suspender temporalmente por un período de 90 días o hasta la emisión de la norma que modifique la Ordenanza N° 248-MSI, la recepción

de solicitudes de autorización municipal de ubicación de elementos de publicidad exterior tipos paneles monumentales, elementos de publicidad exterior en azoteas, aires y techos de edificaciones, paneles simples en zonas residenciales”.

3. Asimismo, cabe indicar que esta arbitraria disposición fue ratificada y extendida por medio de la Ordenanza N° 319-MSI, publicada en el diario oficial “El Peruano” el 24 de noviembre de 2010, ampliándose el plazo de suspensión dispuesto por la Ordenanza N° 315-MSI hasta el 30 de enero de 2011.
4. Luego de la arbitraria suspensión de la recepción de solicitudes de autorización, que impidió indefectiblemente la inaplicación de las disposiciones declaradas como barrera burocrática, se emitió la Ordenanza N° 324-MSI que reguló la ubicación de paneles publicitarios en el distrito, publicada el 25 de marzo de 2011, derogando la Ordenanza N° 248-MSI.
5. En esa línea, tamañas arbitrariedades⁷ impidieron que las solicitudes de aprobación automática presentadas por NAPSA (luego de transcurrido el ilegal plazo de suspensión de recepción de solicitudes, ya que era físicamente imposible ingresarlas debido a la resistencia de la Municipalidad) fueran declaradas nulas de oficio, en tanto que las mismas no respetaban lo dispuesto por la Ordenanza N° 324-MSI.
6. En tal sentido, las Ordenanzas N° 315-MSI y N° 319-MSI obstruyeron directamente la ejecución de lo dispuesto en la Resolución N°

⁶ Al margen de esta crítica, puede afirmarse que el sistema de eliminación de barreras burocráticas, tal como se encuentra configurado, no involucra la expulsión del ordenamiento jurídico de los actos o disposiciones administrativas declaradas ilegales o irracionales, sino únicamente su expulsión al caso en concreto. Ello implica necesariamente que el acto o disposición administrativa declarada como barrera burocrática sea aplicada en los demás casos, y por ende tenga plena vigencia una disposición declarada como ilegal o irracional.

⁷ En materia de suspensión de procedimientos, la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas ha emitido pronunciamientos al respecto, declarando barreras burocráticas ilegales disposiciones de ese tipo. En ese sentido, por ejemplo, encontramos la Resolución N° 0287-2010/CEB-INDECOPI del 06 de diciembre de 2010, recaída en el Expediente N° 000135-2010/CEB, mediante la cual se declaró Barrera Burocrática ilegal la disposición de suspender la recepción de las solicitudes de Certificado de Parámetros Urbanísticos y Edificatorios, toda vez que dicha disposición vulnera: (i) El derecho de petición de los administrados consagrados en el artículo 106° de la Ley N° 27444; (ii) El inciso 2 del artículo 63° de la Ley N° 27444, en tanto la entidad no habría acreditado la existencia de una Ley que así lo permita; y (iii) Lo dispuesto en el artículo 124° de la Ley N° 27444, ya que la Administración Pública se encuentra obligada a recibir todo tipo de solicitudes de los administrados.

En el mismo sentido, encontramos la Resolución N° 178-2010/CEB-INDECOPI del 04 de agosto de 2010, recaída en el Expediente N° 000069-2010/CEB, mediante la cual se declaró Barrera Burocrática ilegal la disposición dictada por la Municipalidad Distrital de Jesús María, consistente en suspender la recepción de las solicitudes de Certificado de Parámetros Urbanísticos y Edificatorios, Licencia de Obra para Edificaciones Nuevas, Licencias de Funcionamiento, entre otras, toda vez que dicha disposición vulnera: (i) El derecho de petición de los administrados consagrados en el artículo 106° de la Ley N° 27444; (ii) El inciso 2 del artículo 63°, y el inciso 3 del artículo 64° de la Ley N° 27444, en tanto la entidad no habría acreditado la existencia de una Ley que así lo permita; y (iii) Lo dispuesto en el artículo 124° de la Ley N° 27444, ya que la Administración Pública se encuentra obligada a recibir todo tipo de solicitudes de los administrados.

2320-2010/SC1-INDECOPI, en el sentido de que suspendiéndose la recepción de las solicitudes de autorización, es obvio que las barreras burocráticas -tal cual declaradas por INDECOPI- no podían inaplicarse jamás al caso en concreto ya que el procedimiento se encontraba suspendido, más aún cuando el objetivo expreso de la suspensión del procedimiento fue la emisión de una Ordenanza que modificó la Ordenanza N° 248-MSI, e impuso otras Barreras Burocráticas.

En otras palabras, la mencionada suspensión de la recepción de solicitudes de autorización municipal de ubicación de elementos de publicidad exterior mantuvo la imposición de las barreras burocráticas ilegales e irracionales, en la medida de que imposibilitó su inaplicación a través de la suspensión del procedimiento.

Situación bastante compleja la descrita, no obstante ser el reflejo del arbitrario manejo de la potestad normativa por parte de los Gobiernos Locales. En esa línea, parecería que si organismos como el INDECOPI no pueden combatir esta clase de ilegales conductas, es un despropósito persistir con este tipo de sistemas para la protección que se pretende brindar a los agentes económicos; por ende, estas controversias tendrían que dilucidarse vía largos procesos judiciales, ya sea en sede Contencioso-Administrativa o incluso en vía procesos constitucionales, como la Acción de Cumplimiento.

Es así que, a la fecha, no se puede ejecutar el pronunciamiento favorable a NAPSA en la medida que jamás pudo inaplicarse la barrera burocrática, puesto que la disposición inmediata del municipio fue suspender la recepción de las solicitudes, e inmediatamente después emitir una nueva Ordenanza imponiendo las mismas ilegalidades, dejando en letra muerta lo dispuesto por el INDECOPI en última instancia administrativa.

No obstante lo expuesto hasta el momento, el sistema de eliminación de barreras burocráticas nos brinda herramientas para combatir este tipo de conductas, las cuales explicaremos a continuación.

IV. La aplicación concreta del principio de “debido procedimiento administrativo” en el sistema de eliminación de barreras burocráticas: represión de actuaciones homólogas en busca de la efectividad de las resoluciones administrativas

El Debido Proceso constituye una garantía general de todo ciudadano en el marco de cualquier procedimiento, para efectos de obtener una decisión ajustada a derecho⁸. Asimismo, cabe indicar que el Debido Proceso en sede administrativa constituye un requisito de validez de las actuaciones de la Administración Pública, la misma que ha sido introducida al Derecho Administrativo, tanto de forma legal (en la propia Ley de Procedimiento Administrativo General), como a través de abundante jurisprudencia (de orden constitucional sobre todo).

En tal sentido, hoy en día es indiscutible que el derecho al Debido Proceso en sede judicial, recogido en el numeral 3 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, extiende sus efectos en la esfera del procedimiento administrativo, tal como lo dispone el propio Tribunal Constitucional en las sentencias recaídas en los Expedientes N° 0091-2005-AA/TC y N° 8605-2005-AA/TC, las cuales expresan en su tenor literal:

“El derecho al debido proceso consagrado en el artículo 139°, inciso 3, de la Constitución Política del Perú (...) es una garantía que si bien tiene su ámbito natural en sede judicial, también es aplicable en el ámbito de los procedimientos administrativos, que tiene su formulación legislativa en el artículo IV, numeral 1.2 del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General” (0091-2005-AA/TC, 18/02/05, S1, FJ. 9).

“El debido proceso y los derechos que conforman su contenido esencial están garantizados en el seno de un proceso judicial, sino también en el ámbito del procedimiento administrativo” (8605-2005-AA/TC, 14/11/05, P, FJ. 13).

Respecto de su reconocimiento legal el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la

⁸ Al respecto, cabe resaltar lo señalado por el profesor Ramón Huapaya Tapia, quien considera que la finalidad del procedimiento administrativo es la de garantizar un nuevo escenario de relación entre la Administración Pública y los ciudadanos en el marco de un Estado democrático de Derecho. En esa línea, dispone que el objetivo del procedimiento administrativo en nuestro ordenamiento jurídico tiende al garantismo, sin dejar la consigna de emitir decisiones administrativas con eficiencia y calidad. Al respecto consultar en HUAPAYA TAPIA, Ramón. En “Administración Pública, Derecho Administrativo y Regulación: Estudios y Cuestiones”, Ara editores, Lima, 2011, p. 111-141.

Ley N° 27444 recoge el principio del debido procedimiento:

“Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. *El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:*
(...)

1.2. **Principio del debido procedimiento administrativo.-** *Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del Debido Procedimiento Administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo”.*

En la doctrina nacional, el profesor OCHOA CARDICH desarrolla el principio del Debido Proceso en sede administrativa con suma claridad:

“Principio del debido proceso en sede administrativa. Como principio derivado del principio constitucional del debido proceso en sede judicial, previsto en el artículo 139.3 de la Constitución de 1993. Cabe anotar que esta norma se refiere en su segundo párrafo al principio del juez y del procedimiento predeterminado, la jurisprudencia constitucional ha interpretado que en sede administrativa supone seguir el procedimiento legalmente establecido, respetándolo en cada una de sus etapas, trámites y actuaciones. Asimismo, sus principales manifestaciones están vinculadas al principio de no indefensión”.

Estando claro el reconocimiento de las garantías del Debido Proceso en sede administrativa, ahora conviene denotar que nos encontraríamos frente a un despropósito del sistema de eliminación de barreras burocráticas si no pudiera reprimirse conductas como las explicadas en el acápite anterior, en las que la entidad infractora puede hacer un uso indebido de sus facultades normativas con el objeto de mantener las barreras de acceso

al mercado, a pesar de que la propia entidad competente ha dispuesto su inaplicación.

Ante ello, es importante identificar el problema, el cual es concretamente la “ineficacia” de las resoluciones del INDECOPI, motivo por el cual devienen en inejecutables, sobre la base de abusos en la potestad normativa de los Gobiernos Locales. En ese sentido, podemos señalar que este tipo de conductas vulneran directamente el derecho a la efectividad de las resoluciones, el mismo que forma parte del derecho al debido proceso, tal como lo explica el Tribunal Constitucional en la sentencias recaídas en los Expedientes acumulados N° 015-2001-AI/TC, 016-2001-AI/TC y N° 004-2002-AI/TC, el cual dispone:

“8. El derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales que han pasado en autoridad de cosa juzgada, es una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional, reconocido en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución. También se encuentra aludido en el segundo párrafo del inciso 2) del mismo artículo 139°, cuando se menciona que “ninguna autoridad puede (...) dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada (...) ni retardar su ejecución

El derecho a la Tutela Jurisdiccional es un atributo subjetivo que comprende una serie de derechos, entre los que destacan el acceso a la justicia, es decir, el derecho de cualquier persona de promover la actividad jurisdiccional del Estado, sin que se le obstruya, impida o disuada irrazonablemente; y como quedó dicho, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales”.

Dicho así, la necesidad de que la tutela jurisdiccional comprenda su “efectividad” es totalmente atendible en razón de las implicancias prácticas que generaría y son totalmente deseadas por el Derecho Fundamental al Debido Proceso, más aún cuando se puede desprender tanto del artículo 8° de la Declaración Universal de Derechos Humanos como el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. De acuerdo a la primera norma: *“Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la Ley”.* De acuerdo a la

⁹ OCHOA CARDICH, César. “Los principios generales del derecho administrativo”. En AAVV., Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. 2da parte, ARA Editores, Lima, 2003, pp. 49-50.

segunda norma, *“Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo, rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la Ley o la presente Convención (...)”*.

Por su parte, el profesor español GARBERÍ LOBREGAT analizando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español¹⁰, señala que el Derecho Fundamental a la Tutela Judicial Efectiva contiene, entre otros contenidos esenciales, el también derecho fundamental a la ejecución de las resoluciones, el cual deriva precisamente del término “efectiva” que adjetiva el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Expresamente señala, luego de analizar las sentencias del Tribunal Constitucional:

“A partir de entonces, pues, cabe afirmar que nuestro ordenamiento constitucional consagra el derecho fundamental de todos los ciudadanos a obtener de los Juzgados y Tribunales la adopción de las medidas que resulten imprescindibles para que los pronunciamientos judiciales inobservados o incumplidos por quienes estén obligados por ellos puedan ser ejecutados, como regla general, en sus propios términos, y de manera coactiva o forzosa^{11”}.

En sede administrativa, conviene señalar que la garantía de la efectividad de las resoluciones sienta su fundamento no solo en las garantías del debido proceso ya explicadas, sino también en instituciones relativas a la eficacia normativa de la Constitución. Al respecto, la resolución emitida por el Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0168-2005-AC/TC, establece en su tenor literal:

“(...) Sin embargo no solo basta que una norma de rango legal o un acto administrativo sea aprobado cumpliendo los requisitos de forma y fondo que le impone la Constitución, las normas del bloque de constitucionalidad o la Ley, según sea el caso, y que tengan vigencia; es indispensable, también, que aquellas sean ineficaces.

Es sobre la base de esta última dimensión que, conforme a los artículos 3°, 43° y 45° de la Constitución, el Tribunal Constitucional reconoce la configuración del derecho constitucional a asegurar o exigir la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos. Por tanto, cuando una autoridad o funcionario es renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo que incide en los derechos de las personas o, incluso, cuando se trate de los casos a que se refiere el artículo 65° del Código Procesal Constitucional (relativos a la defensa de los derechos con intereses difusos o colectivos en el proceso de cumplimiento) surge el derecho de defender la eficacia de las normas y actos administrativos (...)”.

Como podemos observar, el acatamiento de una norma legal o un acto administrativo tiene como principal manifestación su nivel de eficacia.

Es decir, si un determinado acto administrativo no es eficaz, simplemente es letra muerta, careciendo de todo sentido práctico ordenar su inaplicación, motivo por el cual los operadores jurídicos debemos estar atentos de las carencias de efectividad del sistema jurídico, con el objeto de detectarlas y encontrar una eficaz solución.

En atención a lo expuesto, sería ilusorio pensar que puedan -incluso en sede administrativa- emitirse decisiones que no pueden ejecutarse producto del uso de “artimañas” al amparo de un claro abuso de facultades, con el objeto de defender una autonomía ejercida de forma arbitraria. De otra forma, lo que haríamos sería declinar la competencia ante ilegalidades, lo cual no busca de ninguna forma el sistema jurídico. Debe encontrarse coherencia en el ordenamiento, que nos permita encontrar salidas eficientes para combatir este tipo de problemas, a la luz de las herramientas procedimentales que nos proporciona el derecho.

Así pues, tenemos que en el caso concreto existen resoluciones del INDECOPI que vienen siendo desacatadas por la Municipalidad Distrital de San Isidro, sobre la base del abuso de su autonomía, en ejercicio de sus competencias normativas, imponiendo restricciones similares, ante la inaplicación de las disposiciones declaradas

¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional Español 73/2000 del 14 de marzo de 2000; Sentencia del Tribunal Constitucional Español 197/2000 del 24 de julio de 2000; y Sentencia del Tribunal Constitucional Español 16/2003 del 16 de junio de 2003.

¹¹ GARBERÍ LOBREGAT, José. “El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Editorial Bosch, Barcelona, 2008, p. 163.

como barreras burocráticas, incluso llegando al extremo de suspender la recepción de solicitudes de autorización para evitarlo.

En esa línea, conviene señalar que esta situación fue analizada concretamente, hace algún tiempo, por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, en la Resolución N° 182-97-TDC, publicada el 20 de agosto de 1997, la cual denota el despropósito en que incurriría el sistema jurídico si no se le brinda a la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas competencias para reprimir conductas elusorias respecto de sus pronunciamientos, como una especie de facultades para ejecutar concretamente sus pronunciamientos¹². Así, a la letra, dispuso el precedente de observancia obligatoria:

“Carecería de sentido dotar a la Comisión de las atribuciones que le confiere el artículo 26BIS del Decreto Ley N° 25868, si la autoridad denunciada pudiera eludir el cumplimiento de sus obligaciones frente a la Ley emitiendo, por ejemplo, medidas idénticas o similares a la impugnada, a través de nuevas resoluciones o actos administrativos de fecha posterior al inicio del procedimiento, que deroguen aquéllos que han sido cuestionados.

Siguiendo este razonamiento, la Comisión se encuentra facultada a otorgar eficacia a sus pronunciamientos en el tiempo, atendiendo al principio de tutela efectiva de los derechos del administrado, precisando que la exigencia concreta impuesta sobre el denunciante es inválida, aun cuando la autoridad denunciada sustituyera el acto administrativo cuestionado por uno igual de similar contenido - en los casos de barreras burocráticas ilícitas y a la vez irracionales - o aun cuando utilizara el mecanismo legal idóneo - en los casos de barreras burocráticas ilegales por vicios de forma.

Es por tales motivos que resulta improcedente el pedido de archivamiento

por sustracción de la materia planteado por la Municipalidad, ya que, en aplicación del principio de tutela efectiva de los derechos del administrado, la Sala se encuentra obligada a emitir un pronunciamiento sobre la barrera específica objeto de análisis en este caso - esto es, la exigencia concreta impuesta a la denunciante de pintar sus taxis de amarillo y negro -, no obstante que el Decreto de Alcaldía N°023-96-MPT ha sido derogado y sustituido por la Ordenanza Municipal N° 07-97-MPT” (el resaltado y subrayado es nuestro).

Es de mucha utilidad lo expuesto en el precedente de observancia obligatoria antes citado, en la medida que aterriza el Derecho Fundamental a una Tutela Efectiva en el ámbito administrativo¹³, específicamente en materia de eliminación de barreras burocráticas, previendo situaciones en que las entidades públicas puedan emitir disposiciones idénticas a barreras burocráticas ilegales o irracionales válidamente declaradas por la CEB, o emitan disposiciones cuyo fin sea eludir el cumplimiento indirectamente; con el objeto de dejar sin efecto el pronunciamiento del INDECOPI. Aplaudimos este desarrollo porque aclara el panorama para quienes vemos día a día este tipo de ilegales conductas elusorias del cumplimiento de decisiones administrativas.

Ante ello, es irrefutable que como agentes económicos tenemos una herramienta para la represión de actos homogéneos y elusivos, lo cual deberá plantearse y solicitarse en el mismo expediente administrativo en el que se declaró la barrera burocrática, repetida y/o eludida mediante un acto posterior.

Esta tutela, a nuestro criterio, puede utilizarse también en procedimientos donde la actividad elusoria de la Administración Pública implica la suspensión de la recepción de las solicitudes, lo cual aparte de ser una actuación manifiestamente ilegal¹⁴, implica la imposibilidad de ejecución consistente en la inaplicación al caso concreto ordenada por el INDECOPI. Así, es manifiesto el

¹² Cuestión totalmente admitible en virtud del principio de autotutela de la Administración Pública. Para ver más se recomienda leer TIRADO BARRERA, José Antonio; “La ejecución forzosa de los actos administrativos en la Ley N° 27444”. En: *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Ley N° 27444, ARA editores, Lima 2003.

¹³ Gran avance el reconocimiento de la tutela efectiva en el procedimiento administrativo, en razón de que a la fecha del pronunciamiento aún se encontraba vigente el Decreto Supremo N° 006-67-SC, la Ley N° 26111, y el Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, aprobado por Decreto Supremo N° 002-94-JUS y sus normas modificatorias, Ley que contemplaba menos garantías al administrado, que la actual. Asimismo, a la fecha del precedente de observancia obligatoria, el Tribunal Constitucional no había realizado un análisis de las garantías procesales en el campo del procedimiento administrativo, hecho que recién se concreta con sentencias como la recaída en los Expedientes N° 2568-2002-AA/TC.

¹⁴ Para ello nos remitimos al pie de página 5 en el que exponemos claramente que el criterio del INDECOPI relacionado a la ilegalidad de las disposiciones administrativas que imponen la suspensión de la recepción de solicitudes, en razón de su

agravio en el ejemplo real que planteamos, en la medida que, al no poderse ingresar ninguna solicitud nueva, no pudo efectivamente inaplicarse ninguna disposición válidamente declarada como barrera burocrática.

V. Conclusiones

En atención a lo expuesto, podemos establecer las siguientes conclusiones:

1. Ha quedado de manifiesto la elusoria conducta de parte de determinados gobiernos locales, consistente en reestablecer la vigencia de los actos declarados como barreras burocráticas por la CEB, a través de un ejercicio abusivo y arbitrario de su potestad normativa, emitiendo normas con alcances y efectos similares a las medidas declaradas ilegales y/o irracionales.
2. Estando a ello, una herramienta procedimental eficaz para combatir este tipo de “artimañas” que perjudican la coherencia de nuestro sistema jurídico, la encontramos con la concretización del derecho de todo administrado al debido procedimiento en sede administrativa, el cual -como hemos visto- es desarrollado de forma prolija en el precedente de observancia obligatoria contenido en la Resolución N° 182-97-TDC, acto administrativo que nos brinda un instrumento importantísimo

para efectos de combatir la imposición de barreras burocráticas, en especial de aquellas que nacen con la intención de eludir el cumplimiento y ejecución de lo dispuesto por el INDECOPI.

3. En ese sentido, lo que corresponde ante una situación como la descrita en el presente artículo, es que se solicite ante la propia CEB, en el mismo expediente en el que se tramitó la denuncia inicial, que se ejecute la resolución dictada por su Despacho, lo cual involucra realizar un examen sumario de las medidas de alcance y efectos similares, con el objeto de concretizar la tutela efectiva en el ámbito administrativo e inaplicarlas inmediatamente, además de darle efectividad al sistema de eliminación de barreras burocráticas, y, asimismo, darle más confianza y seguridad jurídica al administrado respecto de la institucionalidad de la CEB.
4. Finalmente, aprovecho para exhortar a los funcionarios de INDECOPI para que evalúen los daños que ocasionan al sistema económico este tipo de conductas elusorias, que lo único que ocasionan es retardar la inversión y elevar los costos de transacción de forma incalculable, todo esto con el objeto de que se desprendan de formalismos innecesarios y ejecuten de forma célere y eficaz sus pronunciamientos.

violación específica a las siguientes normas de carácter imperativo: (i) El derecho de petición de los administrados consagrados en el artículo 106° de la Ley N° 27444; (ii) El inciso 2 del artículo 63°, y el inciso 3 del artículo 64° de la Ley N° 27444, al no existir una Ley que permita la suspensión de recepción de solicitudes; y (iii) Lo dispuesto en el artículo 124° de la Ley N° 27444, ya que la Administración Pública se encuentra obligada a recibir todo tipo de solicitudes de los administrados.