



Algunos aspectos relevantes de la Nueva Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas

Some Relevant Aspects about the New Law on Prevention and Elimination of Bureaucratic Barriers

Entrevista al Dr. Alfredo Bullard González*

Por: Lucía Alejandra Guzmán Estrada**
Carlos Mauricio Núñez Laos***

Resumen:

El 8 de diciembre de 2016, se publicó en el Diario Oficial "El Peruano", el Decreto Legislativo N° 1256, a través del cual el Poder Ejecutivo, en el marco de las facultades delegadas por el Congreso de la República mediante Ley N° 30506, ha aprobado la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas (el "DL 1256"). La entrevista tiene la finalidad de otorgar un panorama general al respecto, a través del análisis sobre la norma realizado por Alfredo Bullard.

Abstract:

On December 8, 2016, the Executive, within the framework of the powers delegated by the Congress of the Republic through Law N°. 30506, published Legislative Decree N° 1256 in the Peruvian newspaper "El Peruano", about "the Law on Prevention and Elimination of Bureaucratic Barriers". The interview has the purpose of giving a general overview, through the analysis made by Alfredo Bullard.

Palabras clave:

Barreras Burocráticas – INDECOPI – Facultades – Decreto Legislativo

Keywords:

Bureaucratic Barriers – INDECOPI – Faculties – Legislative Decree.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Derecho por la Universidad de Yale. Ha presidido la Comisión Técnica que elaboró la Ley de Arbitraje del Perú, además de presidir el Tribunal de del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual –INDECOPI, entre otros cargos directivos. Socio del Estudio Bullard Falla Ezcurra. Contacto: abullard@bullardabogados.pe

** Alumna de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, miembro de la Comisión de Publicaciones de Derecho & Sociedad.

*** Alumno de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, ex-miembro de la Comisión de Publicaciones de Derecho & Sociedad.

1. Es de conocimiento general que la regulación a las barreras burocráticas no es nueva, porque esta ha venido evolucionando hasta la actualidad y cobrando fuerza de manera paulatina en el marco de una economía peruana más activa. Con la nueva ley se ha recogido concentrado en una sola disposición toda la normativa existente.

Por ello, ¿nos puede comentar cuáles han sido los hitos de la evolución de la regulación sobre esta materia? ¿Cree usted que la nueva unificó y perfeccionó la regulación dispersa existente sobre las barreras burocráticas? La nueva ley contiene una serie de novedades sobre los procedimientos administrativos. ¿Considera que existe una optimización de tales procedimientos en materia de barreras burocráticas? ¿Considera que se ha fortalecido las competencias de Indecopi o, por el contrario, no se satisficieron las expectativas?

Es una historia larga y accidentada que ha ido, afortunadamente, en un proceso de evolución positiva. Yo diría que, desde un inicio hasta hoy, hemos entendido mucho mejor este sistema que es una creación peruana. El mecanismo de control de barreras burocráticas al estilo peruano es único en el mundo.

La historia comienza (y eso lo sabe poca gente) cuando se da la primera Ley Concursal a mediados de los noventa. En una disposición al final de esta ley, se llama a la comisión que veía los asuntos concursales 'La Comisión de Acceso y Salida del Mercado'. Con *salida* se refería a quiebras, es decir, todo lo relacionado al sistema concursal, pero *acceso* era el asunto de barreras burocráticas. Sin embargo, todo lo que decía sobre ello era muy pequeño: eliminar las barreras burocráticas". Nada más.

En base a ello, comenzó una gran discusión, pues las autoridades concursales no querían realmente aplicar esta disposición. Buscaban mil excusas, y terminaban por pasarle todos los expedientes a la Comisión de Libre Competencia. Esta tampoco tenía sus competencias claras hasta que se dio el Decreto Legislativo N° 807 que tuvo un famoso Artículo 26 BIS.¹ Hasta ahora, su texto con modificaciones sigue siendo el que se utiliza, y fue el que definió, por primera vez, qué se entendía por las facultades de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (que en ese Decreto se llamaba Comisión de Acceso al Mercado).

Esta Comisión nació con facultades limitadas. Por ejemplo, tenía limitaciones para declarar barreras burocráticas que constaran en Decretos Supremos; no decía si la eliminación era general o particular, pero en general, por consejo de los constitucionalistas, se determinó que fuera particular (caso por caso).

En ese Decreto, aparecieron las facultades de sanción, se independizó y se creó un órgano separado de Indecopi, que fue la Comisión de Acceso al Mercado. Sin embargo, todavía era un sistema que tenía muchos vacíos, especialmente le faltaba *dientes* efectivos a la Comisión.

Posteriormente, hubo una evolución muy positiva que ha atravesado virtualmente todos los gobiernos desde entonces. Todos los gobiernos han hecho algo en esta materia, y afortunadamente todo lo que han hecho ha sido para bien. Es decir, es un sistema en el cual la acumulación de nuevas facultades y nuevas características han hecho que todo funcione cada vez mejor, hasta llegar a nuestros días. Por ello, considero que actualmente hay elementos importantes a destacar de este sistema de eliminación de barreras burocráticas.

Pasando a responder la segunda pregunta, es decir, el efecto de la última norma, diría que este nuevo marco normativo ordena y reagrupa muy bien todo el sistema. Hoy día contamos con la mejor legislación en toda la historia de las barreras burocráticas.

Una de las características más importantes es la oponibilidad general de la decisión que toma la Comisión. Ha sido una discusión muy larga que tomó varios años. Entre otras cosas, se discutía la constitucionalidad o legalidad de que un órgano administrativo pudiera decretar la inaplicación general; se usaba como argumento que esto solo se podía hacer a través de una acción popular. Sin embargo, hoy esa facultad de inaplicación generada ya está en una norma de rango de ley, y hasta el momento nadie la ha cuestionado. Veremos sino la cuestionan en el futuro. Esperemos que no. Parece que la nueva regla goza de aceptación y la práctica por años ha legitimado este avance del sistema.

¹ 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

También se ha mejorado el sistema de sanciones; se ha mejorado la redacción sobre cómo debe aplicarse el examen de análisis de legalidad y racionalidad; se ha recogido la secuencia de análisis diseñado en los precedentes de Indecopi, como ocurrió en el caso de los taxis amarillos.² A ello se ha añadido una innovación que ha pasado un poco desapercibida, pero que creo que es tanto o más importante que todas las que existen. Me refiero al Decreto Legislativo 1310 que establece la vigencia limitada de las disposiciones que puedan crear algún tipo de exigencia burocrática a solamente tres años y que están sujetas a pasar por una evaluación previa. Debe haber un Análisis de Calidad Regulatoria. Si no pasa la revisión de ese Análisis la norma deja de tener vigencia, podríamos decir que se “autoderoga”. Con ello, se reduce el efecto acumulativo de estar dictando regulaciones una tras otra, porque la regulación al no poderse sustentar automáticamente queda sin efecto.

Entonces, yo creo que es una evolución muy interesante. Perú es un *study case*, y creo que hoy día tenemos una normatividad muy moderna y que ha avanzado mucho; como señalaba, es única (no hay otro país que tenga una cosa parecida) y creo que más allá de sus limitaciones por la falta de recursos, ha conseguido avances importantes. Sin embargo es una tarea titánica: hay que luchar contra un monstruo muy grande y al que le crecen cabezas y tentáculos cada vez que se corta una cabeza o un tentáculo. Así son las barreras burocráticas que se crean y recrean todo el tiempo.

2. La nueva ley contiene una serie de novedades sobre los procedimientos administrativos. ¿Considera que existe una optimización de tales procedimientos en materia de barreras burocráticas? ¿Considera que se ha fortalecido las competencias de Indecopi o, por el contrario, no se satisficieron las expectativas?

En primer lugar, creo que la nueva norma tiene varias novedades. Las más importantes las acabo de mencionar. Estas no existían en la legislación anterior, sino solo en algunos países, pero acá ha tomado un forma particular que tiene que ver justamente con análisis de impacto regulatorio.

En general, el procedimiento está más claro que antes, la secuencia de análisis está más clara. Las facultades de Indecopi se han perfeccionado en términos generales. Entonces, yo diría que la respuesta es que sí se ha fortalecido la competencia de Indecopi. Sin embargo, creo que todavía hay algunos aspectos que pueden mejorar.

Ahora con el efecto *erga omnes*, que se da a la decisión de la Comisión, se ha dado un paso importante adelante, pero creo que aún hay problemas con la ejecutabilidad de las decisiones. Ello se debe a que básicamente el esquema actual se notifica y supuestamente la autoridad que creó la barrera tiene que cumplir la decisión, pero muchas veces no cumple. Debemos avanzar en el *enforcement* de las decisiones.

En el sistema actual, sin embargo, hay un doble control. El primero, actualmente, tiene una Comisión Multisectorial de calidad Regulatoria, que a su vez presenta una propuesta a la PCM sobre qué procedimientos pasan su Análisis de calidad Regulatoria. PCM tiene que aprobar todos los procesos burocráticos del Poder Ejecutivo. Ahí creo que sí hay un asunto pendiente que tenemos que resolver. El esquema, si bien ha generado una mejora solo ha creado este procedimiento de vigencia de tres años para el Poder Ejecutivo, las municipalidades y los gobiernos regionales, grandes generadores de barreras burocráticas, no están sujetos a este requerimiento. Ha sido así por una simple razón: las facultades de las municipalidades y de los gobiernos regionales están en leyes orgánicas. Entonces, ocurre que las municipalidades no están sujetas a este mecanismo, a pesar de que estas son una de los principales creadores de barreras burocráticas.

Yo creo que hay que buscar una manera creativa para mejorar esta situación. No sé si debe hacerse una modificación constitucional o legal, o la elevación a nivel constitucional de la capacidad que tiene la Comisión de eliminar barreras, para que justamente ya no se pueda cuestionar esta capacidad y tener un sistema completo.

Otro problema, que afortunadamente no se ha presentado de manera grave, pero es un riesgo potencial del sistema, es el referido al conflicto que se puede generar entre los funcionarios que tienen que tomar la decisión (miembros de Comisión y Tribunal del Indecopi) y el gobierno que los nombra. Hay que recordar que estos funcionarios son designados por un mecanismo en Indecopi, cuyos funcionarios a su vez son designados por el Poder Ejecutivo, con lo cual hay un riesgo, que afortunadamente no ha tenido manifestaciones importantes (sí ha habido algunos casos menores) que el Ejecutivo presione a la Comisión.

De lo señalado, hay algunas ideas que pueden ser interesantes. Por ejemplo, Alejandro Falla sugirió en general para todas las comisiones de Indecopi, (pero creo que puede ser particularmente útil para el caso de la

² RESOLUCION N° 182-97-TDC del EXPEDIENTE N° 036-96-CAM. Disponible en Repositorio INDECOPI: <http://repositorio.indecopi.gob.pe/handle/11724/4200>

Comisión de Barreras Burocráticas) que sea el Banco Central de Reservas quien designe a estos funcionarios. Y es que el BCR es una de las pocas instituciones que tiene un marco institucional que ha permitido un gran nivel de autonomía, y sería una forma de trasladarle a la Comisión ese nivel de autonomía. En Chile hay una experiencia similar con el nombramiento de algunos de los funcionarios de la autoridad de competencia, que son nombrados a través del Banco Central, lo cual garantiza mayor tecnicismo.

Pero en general yo diría que hemos avanzado bastante. Es una norma que hay que saludar. Nada es perfecto, pero hemos avanzado bastante.

3. La nueva norma ha establecido un supuesto en el que las resoluciones del Indecopi ya no solo benefician a los empresarios o ciudadanos que cuestionan una barrera burocrática a través de su denuncia, sino que sus beneficios tienen efectos generales ¿Qué opinión le merece que ahora una barrera burocrática declarada ilegal tenga efectos generales en favor de todos los demás agentes económicos que se vean afectados por esta?

Como ya mencioné, creo que es tremendamente positivo, porque si ya se ha identificado una situación en la cual se presente un problema y ya se reconoce que esa situación es ilegal o irracional, ¿qué sentido tiene que cada afectado tenga que iniciar su propio procedimiento para eliminar el problema? No tiene mucho sentido y evidentemente habría un problema de costos que dificulta el buen funcionamiento del sistema. Es un avance desde el punto de vista real que efectivamente ahora la decisión sea oponible a cualquiera que esté en la misma situación respecto a la norma.

Creo que van a venir cuestionamientos legales o constitucionales sobre esta facultad, sosteniendo que esto no lo puede hacer una autoridad administrativa. Por eso creo que siempre hay que estar pensando en el aspecto institucional. Pero como un asunto de política pública me parece correcto que sea así. Sí me imagino a algunas personas cuestionando que una autoridad administrativa puede dar una decisión de ese tipo. Eso es discutible, porque una autoridad administrativa (como el Presidente de la República) puede dar normas que tienen un impacto general. Sin embargo, efectivamente pueden haber discusiones, sobre cuál es el mecanismo para hacerlo, si están facultados o no, y otra serie de puntos. No obstante, creo que esa discusión puede ayudarnos a seguir avanzando.

Pero más allá de esa discusión, creo que lo importante es que se ha tomado el paso de decir que la eliminación de la barrera es oponible a todos, y eso es mucho mejor porque reduce los costos, genera beneficios y externalidades positivas para todos, y seguridad jurídica. Ya sabes cuál es la regla a aplicar. Hoy día tenías que confiar que las autoridades administrativas debían cambiar su conducta, porque sabían que la denuncia podía repetirse, pero no todos lo hacían. Ahora puedes invocar la resolución de que dicha barrera ya quedó sin efecto.

4. Finalmente, en razón de la nueva ley, el 11 de febrero del presente año, Indecopi publicó en el diario *El Peruano* una serie de resoluciones aprobadas por la Presidencia del Consejo Directivo de Indecopi; tales dan cumplimiento a lo establecido por el Decreto Legislativo N° 1256, entre ellas se busca la imposición de sanciones. ¿Cree usted que la modificación de la Tabla de Graduación, Infracciones y Sanciones para las entidades de la Administración tienen una relación adecuada con los componentes económicos en la graduación de la sanción relativa a las barreras burocráticas según el DL N° 1256?

Yo diría que sí. Si algo habría que pensar es si las sanciones son suficientes como para desincentivar la conducta. Más que el reconocimiento normativo de la graduación de la sanción, lo necesario es que las sanciones se apliquen.

Siempre he tenido la sensación de que en Indecopi no se utiliza toda la escala de multas. Aplican sanciones muy bajas. Se podría decir que algo detrás de la norma no está funcionando de manera adecuada. Pero en general, yo diría que sí es un avance, en tanto se está implementado el marco normativo sobre sanciones que estaban en el Decreto Legislativo, y eso es bastante positivo.