



## **Reglas Generales para el Ejercicio de la Potestad de Control posterior y Eliminación de Barreras Comerciales no Arancelarias del INDECOPI**

“(…) las barreras comerciales no arancelarias constituyen actos o disposiciones gubernamentales, que pese a no establecer un arancel, tienen efectos semejantes debido a que condicionan o limitan el desarrollo de actividades de comercio exterior en el territorio nacional (…).”

**Joel Cordero Herrera\***

**Resumen:** El presente artículo expone las reglas generales mediante las cuales el INDECOPI, a través de la Comisión de Dumping, Subsidios y Eliminación de Barreras Comerciales No Arancelarias, ejerce su potestad de identificación, evaluación y eliminación de aquellos actos o disposiciones de la Administración Pública que restringen la importación o exportación de bienes en el país mediante la imposición de medidas carentes de legalidad y/o razonabilidad. Se aborda los alcances y límites de dicha atribución, así como la metodología para evaluar el test de legalidad y razonabilidad. Finalmente, se analiza el procedimiento conducente a la eliminación de barreras injustificadas contra el comercio.

**Palabras clave:** Barreras comerciales no arancelarias - Control posterior - Objetivo legítimo OMC - Reglamento técnico.

**Abstract:** *This article explains the general rules that are followed by the Commission of Dumping, Subsidies and Elimination of non-tariff trade barriers of the INDECOPI, in order to exercise their attributions of identification, evaluation and elimination of those Public Administration's acts that restrict the import or export of goods in the country, through the imposition of measures that lack of legality and/or reasonability. This paper focuses on the dimensions and limits of this attribution, as well as the evaluation of the methodology to determine the legality and reasonability test. Finally, it analyzes the procedure to eliminate the non-tariff trade barriers.*

**Keywords:** *non-tariff trade barriers; control ex post; legitimate objective WTO; technical regulation.*

---

\* Abogado de la Oficina de Cooperación y Relaciones Internacionales del Jurado Nacional de Elecciones. Candidato a Magister en Derecho Internacional Económico por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Correo electrónico: jcorderoh@pucep.edu.pe.

**Sumario:** Introducción. 1. Análisis; 1.1. Acerca del Indecopi y de La Comisión; 1.2. Sobre la definición de barreras comerciales no arancelarias; 1.2.1. Sobre el régimen excepcional contenida en el Decreto Legislativo N° 668; 1.3. Sobre las Reglas Generales para el ejercicio de la potestad de control posterior y eliminación de barreras comerciales no arancelarias; 1.3.1. Control posterior de barreras comerciales no arancelarias; 1.3.2. Eliminación de barreras comerciales no arancelarias; 1.4. Sobre el procedimiento para la eliminación de barreras comerciales no arancelarias. Conclusiones.

## Introducción

Uno de los aspectos más importantes de la esfera de actuación de la Administración Pública descansa en el ejercicio de su potestad de control, entendida en términos amplios como la atribución de la autoridad administrativa para anular o rectificar la gestión pública ilegal o ineficaz, a través de un procedimiento administrativo<sup>1</sup>. Bajo ese contexto, el presente artículo estará centrado en el estudio de dicha atribución por parte del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual-INDECOPI, y de los instrumentos legales a través de los cuales ejerce dicha facultad.

Partiendo de dicha premisa, este estudio se encuentra dividido en dos partes. En la primera, serán abordados algunos conceptos generales relacionados con las características y atribuciones

del INDECOPI, así como la definición y clasificación de barreras comerciales no arancelarias conocidas también como medidas para-arancelarias; ello permitirá ubicarnos en el contexto materia del presente estudio.

La segunda parte, por otro lado, estará más bien focalizada en el estudio de las denominadas reglas generales para el Ejercicio de la Potestad de Control Posterior y Eliminación de Barreras Comerciales No Arancelarias, aprobadas mediante Decreto Legislativo N° 1212<sup>2</sup>, cuyo texto fuera publicado en el diario oficial El Peruano el 24 de setiembre de 2015. Dichas reglas establecen criterios y lineamientos para regular el ejercicio de dicha potestad por parte de la Comisión de *Dumping*, Subsidios y Eliminación de Barreras Comerciales No Arancelarias (La Comisión en adelante), que en virtud de la Ley N° 30224<sup>3</sup> -Ley que crea el Sistema Nacional para la Calidad y el

- 1 De acuerdo a lo señalado por Márquez, “por control administrativo se entiende la función realizada por órganos formal y materialmente administrativos, que consiste en el uso de los medios jurídicos para anular o rectificar la gestión pública ilegal o ineficaz, a través de medios técnicos denominados procedimientos administrativos”. MÁRQUEZ, Daniel, “Los Procedimientos Administrativos Materialmente Jurisdiccionales como Medios de Control en la Administración Pública”, Primera Edición Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2003, pp. 27 y 28. Asimismo, destaca en este punto lo señalado por Brewer: “(...) la función de control como actividad privativa e inherente del Estado mediante la cual sus órganos supervisan, vigilan y controlan las actividades de otros órganos del Estado o de los administrados, se ejerce por diversos órganos estatales en ejercicio del poder público”. BREWER, Allan “Derecho Administrativo”, Tomo I, Caracas. Editorial Jurídica Venezolana, 2005, p. 82. Finalmente, a través del Artículo II del Título Preliminar la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo en General, el legislador ha creído conveniente regular las actuaciones de la función administrativa del Estado y el procedimiento administrativo común desarrollado por las diversas entidades administrativas.
- 2 Ley que refuerza las facultades del INDECOPI para eliminar barreras injustificadas contra el comercio.
- 3 Es pertinente señalar que, la Ley N° 30224 suprimió a la Comisión de Normalización y de Fiscalización de Barreras Comerciales No Arancelarias (CNB) dentro de la estructura institucional del INDECOPI; y, dispuso atribuir sus competencias sobre el control posterior y eliminación de barreras comerciales no arancelarias a la Comisión de *Dumping*, Subsidios y Eliminación de Barreras Comerciales No Arancelarias (Tercera Disposición Complementaria Modificatoria).

Instituto Nacional de Calidad- del 11 de julio de 2014, asumió dicha competencia a partir del 01 de junio de 2015.

## 1. Análisis

### 1.1. Acerca del INDECOPI y de La Comisión

El INDECOPI puede ser definido, en términos generales, como un “organismo público especializado con personería jurídica de derecho público interno, que goza de autonomía funcional, técnica, económica, presupuestal y administrativa. Se encuentra adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros (...)”<sup>4</sup>. En ese sentido, el citado organismo se constituye en el ente rector de la promoción de las normas de leal y honesta competencia entre los agentes de la economía peruana<sup>5</sup>, creado mediante Decreto Ley N° 25868 de fecha 06 de noviembre de 1992, y sustituido mediante Decreto Legislativo N° 1033, cuyo texto fuera publicado en el diario oficial El Peruano el 24 de junio de 2008.

Una de las funciones primordiales del INDECOPI es vigilar el proceso de facilitación del comercio exterior mediante la eliminación de barreras comerciales no arancelarias, conforme a lo establecido en el literal e) del artículo 2º inciso 1 del Decreto Legislativo N° 1033, que aprobó la Ley de Organización y Funciones del INDECOPI (en adelante, L.O.F.). Cabe destacar además que, para el correcto ejercicio de sus funciones, el INDECOPI cuenta con atribuciones para emitir directivas con efectos generales, supervisar y fiscalizar actividades económicas, imponer sanciones, ordenar medidas preventivas y cautelares, dictar mandatos y medidas correctivas, resolver controversias, así como las demás potestades previstas en dicha Ley<sup>6</sup>.

Asimismo, para resolver los conflictos que se presenten o para registrar y proteger los derechos intelectuales, el INDECOPI cuenta con Comisiones<sup>7</sup> y oficinas que gozan de amplias facultades<sup>8</sup> para requerir y solicitar información, pedir el auxilio de la fuerza pública y ordenar medidas cautelares dirigidas a evitar que un daño se torne irreparable.

- 4 Artículo 1º del Decreto Legislativo N° 1033- Ley de Organización y Funciones del INDECOPI, publicado el 25 de junio de 2008.
- 5 De acuerdo a lo señalado por Kresalja y Ochoa, el INDECOPI “(...) se encarga de proteger el mercado de las prácticas que resulten controlistas y restrictivas de la competencia, de la sanción de aquellas que generen competencia desleal, así como de proteger los derechos de la propiedad intelectual en todas sus manifestaciones, sea como propiedad industrial o como derecho de autor. Es también el organismo encargado de sancionar la publicidad engañosa y dirigir el sistema destinado a la protección de los consumidores”. KRESALJA, Baldo y OCHOA, César, “El Régimen Económico de la Constitución de 1993”. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2012, p. 270 y 271.
- 6 Conforme al artículo 2.2º del Decreto Legislativo N° 1033- L.O.F. del INDECOPI.
- 7 De acuerdo a lo establecido en la Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N 1212-Ley que Refuerza las funciones del INDECOPI que modifica el artículo 20 D.L. N° 1033, L.O.F. del INDECOPI, el Área de Competencia está compuesta por las siguientes Comisiones:
  - a) Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas.
  - b) Comisión de Defensa de Libre Competencia.
  - c) Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal.
  - d) Comisión de Dumping, Subsidios y Eliminación de Barreras Comerciales No Arancelarias.
  - e) Comisión de Protección al Consumidor.
  - f) Comisión de Procedimientos Concursales.
- 8 Conforme a los literales a) y b) del artículo 21º de la L.O.F del INDECOPI aprobado mediante D.L. N° 1033, “las Comisiones tienen las siguientes características: cuentan con autonomía técnica y funcional y son las encargadas de aplicar las normas legales que regulan el ámbito de su competencia, así como resolver en primera instancia administrativa los procesos de su competencia, la adopción de medidas cautelares y correctivas, la imposición de las sanciones correspondientes y la determinación de costas y costos”.

Cuenta, asimismo, con el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, que es un órgano con autonomía técnica y funcional, constituida por Salas Especializadas en los asuntos de competencia resolutoria del INDECOP<sup>9</sup>, conforme al numeral 12.1 del artículo 12<sup>o</sup> del D.L. N° 1033.

Bajo ese marco, en el ámbito de la defensa comercial, la Comisión (antes denominada Comisión de Fiscalización de *Dumping* y Subsidios) se encarga de velar por el cumplimiento de las normas que persiguen evitar y corregir el daño en el mercado provocado por prácticas de *dumping* o subsidios, así como actuar como autoridad investigadora en los procedimientos conducentes a la imposición de medidas de salvaguardias, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 26° de la L.O.F. Sin embargo, a partir del 01 de junio de 2015, en cumplimiento de la Ley N° 30224, La Comisión ha asumido en el ámbito de las barreras comerciales no arancelarias al comercio exterior la función de control posterior y eliminación, conforme a los compromisos contraídos en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC), los acuerdos de libre comercio suscrito por el Perú y las normas supranacionales y nacionales correspondientes.

Como puede apreciarse, la Comisión se encuentra facultada no solo para: a) aplicar los instrumentos de defensa comercial, y actuar como autoridad investigadora en los procedimientos conducentes a la imposición de medidas de salvaguardias; sino, también, para b) pronunciarse sobre la aplicación

de las disposiciones o actos<sup>10</sup> de la Administración Pública que establecen barreras comerciales no arancelarias al comercio exterior.

En ese sentido, en aras de fortalecer la eliminación de barreras comerciales no arancelarias, el Poder Ejecutivo<sup>11</sup> ha expedido a través del Decreto Legislativo N° 1212, vigente desde el 24 de octubre de 2015; nuevas Reglas Generales **que establecen criterios y lineamientos para regular el ejercicio de la potestad de control posterior y eliminación** de aquellas barreras injustificadas contra el comercio, impuestas por cualquier entidad de la Administración Pública, caso en el cual la Comisión, en una primera instancia, así como la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal, en una segunda y definitiva instancia administrativa, cuentan con la facultad para disponer su inaplicación a un caso en concreto.

## 1.2. Sobre la definición de barreras comerciales no arancelarias

Respecto a la definición de barrera comercial no arancelaria, nuestro sistema jurídico ha fijado recientemente el concepto a través del artículo 7° del Decreto Legislativo N° 1212, señalando literalmente lo siguiente:

Se entiende por barreras comerciales no arancelarias a toda exigencia, requisito, restricción, prohibición o cobro establecido por cualquier entidad de la Administración Pública en ejercicio de potestades de imperio

9 El Tribunal del INDECOP se encuentra conformado por tres Salas; dos facultadas para tramitar y resolver los procedimientos relacionados con la defensa de la competencia y una encargada de los procedimientos relativos a propiedad intelectual.

10 Las barreras comerciales no arancelarias pueden materializarse en dos formas: a través de actos administrativos (declaraciones unilaterales con efecto particulares); y a través de disposiciones administrativas (declaraciones de la administración con efectos generales).

11 Conforme al literal b) del artículo 2° de la Ley N° 30335, el Congreso de la República ha delegado en el Poder Ejecutivo legislar en materia de facilitación al comercio nacional e internacional, así como para establecer medidas que garanticen la seguridad de las operaciones de comercio internacional y eliminar las regulaciones excesivas que lo limiten.

## **Reglas Generales para el Ejercicio de la Potestad de Control posterior y Eliminación de Barreras Comerciales no Arancelarias del INDECOPI**

o administrativas, carentes de legalidad o razonabilidad, que afecten la importación o exportación de bienes, desde o hacia el territorio nacional (...).

Dicho marco conceptual tiene, asimismo, fundamento en el artículo 2° de la Ley N° 28996, Ley de Eliminación de Sobrecostos, Trabas y Restricciones a la Inversión privada, mediante el cual se precisa que las barreras burocráticas:

Constituyen 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 contenidas en la Ley N° 27444 y que limitan la competitividad empresarial en mercado.

En base a dichos instrumentos legales expuestos se desprende que, las barreras comerciales no arancelarias constituyen actos o disposiciones gubernamentales, que pese a no establecer un arancel, tienen efectos semejantes debido a que condicionan o limitan el desarrollo de actividades de comercio exterior en el territorio nacional, al exigir el cumplimiento previo de ciertos requisitos y especificaciones técnicas o administrativas.

Por su parte, en el documento denominado “Evolución del sistema internacional de comercio y

sus tendencias desde una perspectiva de desarrollo”, elaborado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD, siglas en inglés) en el año 2012, se precisó que las medidas no arancelarias son aquellas “medidas de política, distintas de los aranceles aduaneros ordinarios, que pueden tener repercusiones económicas en el comercio internacional de bienes, modificando el volumen de las transacciones, los precios o ambas cosas”<sup>12</sup>.

En el mismo sentido, en el documento denominado “Identificación de las restricciones a las exportaciones de Bolivia hacia la región y análisis de su impacto en el comercio”<sup>13</sup>, publicado en el portal *web* de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) en el año 2005, se indica que una medida no arancelaria consiste en “una serie de requisitos o procedimientos establecidos con el fin de regular las importaciones de mercancías”.

Con base a dichos documentos, WITKER<sup>14</sup> señala que las restricciones no arancelarias son medidas que entorpecen, dilatan o impiden el libre flujo de productos de un mercado a otro y que pueden ser de dos tipos: a) cuantitativas; consistentes fundamentalmente en cuotas, licencias o permisos de importación, exportación, establecimientos de precios y depósitos previos; y, b) cualitativas; cuyas principales aplicaciones son normas sanitarias y fitosanitarias, normas técnicas, normas sobre envasado, embalaje y etiquetado y normas de calidad.

12 Esta información puede ser encontrada en el portal *web* de la UNCTAD: <[http://unctad.org/meetings/es/SessionalDocuments/tdb59d5\\_sp.pdf](http://unctad.org/meetings/es/SessionalDocuments/tdb59d5_sp.pdf)>. Consulta: 12 de marzo de 2016.

13 Dicho documento se encuentra disponible en el siguiente link: <[http://www.aladi.org/nsfaladi/estudios.nsf/cb5344cb18a6b38903256aa700685717/4c9690c62c7dfef703256fd6006a50a4/\\$FILE/01-05.pdf](http://www.aladi.org/nsfaladi/estudios.nsf/cb5344cb18a6b38903256aa700685717/4c9690c62c7dfef703256fd6006a50a4/$FILE/01-05.pdf)>. Consulta: 12 de marzo de 2016.

14 WITKER, Jorge, “Derecho del Comercio Exterior”, Primera Ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2011, p. 360.



Asimismo, algunos autores<sup>15</sup> clasifican a las barreras no arancelarias en tres grandes grupos: i) las barreras tradicionales, ii) las barreras técnicas y iii) las barreras administrativas. Estas últimas incluyen a todas las barreras al comercio que se deriven de los procedimientos administrativos nacionales que limitan el comercio internacional.

### 1.2.1. Sobre el régimen excepcional contenida en el Decreto Legislativo N° 668

En materia de comercio exterior, el Decreto Legislativo N° 668<sup>16</sup> establece medidas destinadas a garantizar libertad en su ejercicio. En ese sentido, en su artículo 12° el Estado reconoce el derecho de toda persona natural y jurídica para realizar operaciones de comercio exterior sin prohibiciones ni restricciones para-arancelarias de ningún tipo.

En esa línea argumentativa, el artículo 13° de la mencionada norma establece que la adopción de reglamentación técnica<sup>17</sup> no debe constituir un obstáculo al libre flujo y uso de bienes. Sin embargo,

el mismo Decreto Legislativo N° 668 en el segundo párrafo de su artículo 12° contempla un régimen excepcional en el cual se permite la imposición de restricciones para-arancelarias, siempre que constituyan medidas de emergencia que se requieran para asegurar la salud de la población, la seguridad interna y el orden externo<sup>18</sup>.

De lo anterior se desprende, que no todo acto o disposición que limita el comercio exterior constituya una restricción para-arancelaria contraria a los principios que rigen la libertad de comercio en el país. Se encuentran exceptuadas de la calificación de restricción prohibida aquellas medidas impuestas para satisfacer objetivos legítimos de protección de la vida y la salud de personas y animales, preservar los vegetales, así como de seguridad y orden público, entre otros. Ello, siempre que tales medidas se apliquen con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, como indica la experiencia internacional en la aplicación del Artículo XX del GATT de 1994<sup>19</sup> y los acuerdos que lo especifican.

15 Al respecto ver el trabajo del Ph.D. Predrag Bjelić, denominado, *“Administrative Barriers to Trade as Predominant Non tariff Barriers In The Western Balkans Trade*, el cual se encuentra disponible en el siguiente link: <<http://sites.uom.ac.mu/wtochair/attachments/article/83/Predrag%20Bjelic%20-%20ADMINISTRATIVE%20BARRIERS%20TRADE%20AS%20PREDOMINANT%20NON-TARIFF.pdf>>. Consulta: 14 de enero de 2015.

16 Mediante el Decreto Legislativo N° 668 actualmente vigente (set. 1991) se dictaron medidas destinadas a garantizar la libertad de comercio exterior e interior como condición fundamental para el desarrollo del país.

17 Documento en el que se establecen las características de un producto o los procesos y métodos de producción con ellas relacionados, con inclusión de las disposiciones administrativas aplicables, y cuya observancia es obligatoria. También puede incluir prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado aplicables a un producto, proceso o método de producción, o tratar exclusivamente de ellas (OMC- Acuerdo Sobre Obstáculos Técnicos al Comercio. Anexo 1).

18 En concordancia con la Resolución Legislativa 26407. Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio de la OMC.- Reglamento Técnico y Normas, “Artículo 2°.- Elaboración, adopción y aplicación de reglamentos técnicos por instituciones del gobierno central.- Por lo que se refiere a las instituciones de su gobierno central: (...)”.

2.2 Los miembros se asegurarán de que no se elaboren, adopten o apliquen reglamentos técnicos que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio internacional. A tal fin, los reglamentos técnicos no restringirán el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlos. Tales objetivos legítimos son, entre otros: los imperativos de la seguridad nacional; la prevención de prácticas que puedan inducir a error; la protección de la salud o seguridad humanas, de la vida o la salud animal o vegetal, o del medio ambiente (...).”.

19 Con ocasión a las disputas comerciales llevadas ante la OMC respecto a políticas ambientales abarcadas por el artículo XX del GATT, véase los asuntos: Estados Unidos – Gasolina, Brasil – Neumáticos y Estados Unidos - Camarones.

### **1.3. Sobre las Reglas Generales para el ejercicio de la potestad de control posterior y eliminación de barreras comerciales no arancelarias**

#### **1.3.1. Control posterior de barreras comerciales no arancelarias**

De acuerdo a lo señalado en la parte introductoria del presente estudio, las atribuciones conferidas a La Comisión, para controlar de manera posterior las barreras comerciales no arancelarias, implica que dicho órgano podrá evaluar si una medida (distinta a un arancel) impuesta por cualquier entidad de la Administración Pública, que tenga la capacidad de afectar la importación o exportación de bienes, incluso a nivel de un procedimiento administrativo, contraviene una norma de carácter internacional o nacional.

Ahora bien, tal como fuera adelantado, la figura del control administrativo puede darse de distintas maneras, teniendo en consideración diversos factores como el momento del control, la naturaleza del órgano contralor, entre otros.

Respecto a la oportunidad en que opera el mecanismo de control administrativo, la doctrina ha señalado que el control puede ser *ex ante*, es decir, de carácter preventivo o *ex post* que es de naturaleza correctiva, pudiendo, además, ser de tipo represivo o sancionatorio<sup>20</sup>. Dentro del régimen jurídico del INDECOPI, la Tercera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 30224 concordante con el

artículo 8° del Decreto Legislativo N° 1212<sup>21</sup>, faculta a La Comisión ejercer el control *ex post* de aquellos actos o disposiciones gubernamentales que limitan el desarrollo de actividades de comercio exterior en el territorio nacional.

Respecto a dicho punto es importante precisar, que La Comisión ejerce el control *ex post* sobre aquellos actos o disposiciones contenidas en normas “infra-legales”, conforme a lo previsto en el segundo párrafo del artículo 7° del Decreto Legislativo N° 1212 que señala literalmente lo siguiente:

(...) No corresponde a la Comisión de *Dumping*, Subsidios y Eliminación de Barreras Comerciales No Arancelarias efectuar el control posterior o eliminación de barreras comerciales no arancelarias contenidas en normas con rango de ley, ni sobre sanciones administrativas u otras medidas expresamente exceptuadas de dicha calificación por norma con rango de ley (...).

En ese sentido, tenemos que La Comisión no se encuentra facultada de controlar de manera posterior la imposición de barreras comerciales no arancelarias contenidas en normas con rango de ley, su análisis corresponde al Tribunal Constitucional con el fin de preservar el derecho fundamental a la libertad de comercio<sup>22</sup> y salvaguardar que cualquier límite que se le imponga sea legítimo, idóneo y proporcional. Siendo así, para que la actuación del INDECOPI sea válida en este campo, debe respetar los márgenes de su propia competencia legal, independientemente de

20 MÁRQUEZ, Daniel, “Los Procedimientos Administrativos Materialmente Jurisdiccionales como Medios de Control en la Administración Pública”, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, p. 28.

21 Mediante al Art. 8° del D.L. N° 1212 modificaron el Art. 26° de la L.O.F. del INDECOPI.

22 De acuerdo a lo señalado por Kresalja y Ochoa “la libertad de comercio se encuentra consagrada en el artículo 59° de la Constitución, se trata de la facultad de elegir la organización y llevar a cabo una actividad ligada al intercambio de mercaderías o servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios. Debe ejercitarse con sujeción a la ley. Tal libertad presupone el atributo de poder participar en el tráfico de bienes lícitos, así como dedicarse a la prestación de servicios al público no sujetos a dependencia o que impliquen el ejercicio de una profesión liberal”. KRESALJA, Baldo y OCHOA, César, “El Régimen Económico de la Constitución de 1993”. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2012, p. 152.

que ello se pueda hacer a la invocación de defender a los particulares que se puedan ver afectados con tales barreras comerciales no arancelarias.

### 1.3.2. Eliminación de barreras comerciales no arancelarias

Para eliminar una exigencia, requisito, restricción, prohibición o cobro que afecte injustificadamente la importación o exportación de mercancías, el Tribunal del INDECOPI ha establecido la metodología a través de la Resolución N° 182-97-TDC<sup>23</sup>, precedente de observancia obligatoria, publicada el 20 de agosto de 1997. Esta metodología se divide en dos niveles de análisis relativos a: A) la legalidad de la medida y B) la racionalidad de la medida.

#### A. En cuanto a la legalidad de la medida

La evaluación se dirige a identificar si la medida impuesta ha sido adoptada por una autoridad competente para ello y dentro de sus atribuciones, así como a definir si la medida ha sido emitida o dictada a través de las vías y según los procedimientos legalmente previstos para ello.

Al respecto, el artículo 4° del Decreto Ley N° 25629 establece que las disposiciones por medio de las cuales se establecen trámites o requisitos que afecten de alguna manera la libre comercialización interna o la exportación o importación de bienes o servicios deben ser aprobadas mediante Decreto Supremo refrendado por el MEF y por el Ministro del sector involucrado. Asimismo, el artículo 1° del Decreto

Ley N° 25909 establece que el MEF, es la entidad facultada para dictar medidas destinadas a restringir o impedir el libre flujo de mercancías mediante la imposición de trámites, requisitos o medidas de cualquier naturaleza que afectan las importaciones o exportaciones.

La premisa común a ambos Decretos Leyes es que en el MEF se analizará si el objetivo legítimo que se pretende alcanzar o proteger podría ser alcanzado o protegido mediante disposiciones menos restrictivas de la libertad de comercio; y que sólo en caso de concluir en una respuesta negativa el titular de dicho ministerio refrendará la disposición<sup>24</sup>.

Sobre la base de lo antes expuesto, es posible concluir, que en los procedimientos de control de barreras comerciales no arancelarias, La Comisión tiene el deber de evaluar si las disposiciones que contienen dichas medidas han sido aprobadas en cumplimiento de lo dispuesto en los Decretos Leyes y en las demás normas de ámbito nacional e internacional que fueran aplicables. De no ser así, estas deberían calificarse como ilegales.

Al respecto, a manera de ejemplo debemos destacar en este punto, lo resuelto por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI mediante Resolución N° 0567-2015/SDC-INDECOPI de fecha 20 de octubre de 2015 sobre barreras comerciales no arancelarias ilegales seguido por Vega Motors E.I.R.L., contra el Ministerio de Transporte y Comunicaciones-MTC<sup>25</sup>.

23 La referida Resolución fue expedida en el procedimiento seguido por Inversiones la Merced S.A. contra el Alcalde provincial de Trujillo y la Municipalidad Provincial de Trujillo, en la que se estableció como precedente de observancia obligatoria los criterios para determinar la existencia de una barrera burocrática ilegal o irracional que impide el acceso o la permanencia en el mercado, así como las cargas en materia probatoria que recaen sobre las partes en los procedimientos seguidos ante la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas.

24 La única excepción legal a la necesidad del refrendo previo del MEF se refiere a disposiciones sanitarias del Ministerio de Agricultura o de sus organismos adscritos.

25 Es importante notar, que existen otras experiencias exitosas sobre barreras comerciales no arancelarias ilegales que pueden ser consultadas; ver Resoluciones 1626-2013/SDC-INDECOPI del 3 de octubre de 2013, 0556-2014/SDC-INDECOPI del 13 de junio de 2014 y 0557-2014/SDC-INDECOPI del 13 de junio de 2014.



## **Reglas Generales para el Ejercicio de la Potestad de Control posterior y Eliminación de Barreras Comerciales no Arancelarias del INDECOPI**

En el presente caso, la denunciante cuestionó la legalidad y/o razonabilidad del párrafo final del artículo 146º, el literal a) del artículo 148º inciso 1 y el artículo 149º del Decreto Supremo N° 058-2003-MTC-Reglamento Nacional de Vehículos, modificado por Decreto Supremo 053-2010-MTC, norma que contienen medidas referidas a: i) requerir una autorización del fabricante original para la importación de mercancías remanufacturadas y, ii) exponer a los productos remanufacturados importados a una eventual constatación de la SUNAT, en caso esta entidad tenga duda razonable sobre dicha condición. Con esta nueva exigencia se les restringía la importación no sólo a la empresa denunciante, sino también, a todas las empresas que importaban mercancías remanufacturadas para la industria automotriz.

En virtud de ello, y luego de la evaluación de los parámetros de legalidad, el órgano colegiado constató, que el Decreto Supremo N° 053-2010-MTC no cumplió con las formalidades legales dispuestas para su expedición, toda vez, que dicho instrumento legal no había sido refrendado por el MEF sino únicamente por el MTC, a pesar de contener restricciones al libre

comercio de bienes, infringiéndose de esta manera las formalidades exigidas por los Decretos Leyes N° 25629<sup>26</sup> y N° 25909<sup>27</sup>.

Tomando ello en consideración, el órgano colegiado se abstuvo de evaluar los parámetros de razonabilidad de las disposiciones cuestionadas, en la medida, que la legalidad constatada resultó suficiente para amparar la denuncia, y concluyó, asimismo, que las medidas denunciadas calificaban como una barrera comercial

no arancelaria ilegal, toda vez, que regulaban el acceso al mercado peruano de los productos remanufacturados para la industria automotriz, incidiendo directamente en la importación de los mismos<sup>28</sup>.

Finalmente, es importante precisar, que el análisis dirigido a evaluar la legalidad de la medida, no solo comprende identificar si la medida impuesta ha sido adoptada por una autoridad competente

o si la medida ha sido dictada a través de las vías y según los procedimientos establecidos; sino, también implica que las facultades de actuación de la Administración Pública en el ámbito de las barreras comerciales no arancelarias deben ajustarse a la ley

*“Las ‘Reglas Generales sobre el Ejercicio de la Potestad de Control Posterior y Eliminación de Barreras Comerciales No Arancelarias del INDECOPI’ establecen criterios y lineamientos para regular el ejercicio de la potestad de identificación, evaluación y eliminación de aquellos actos o disposiciones de la Administración Pública que limitan el desarrollo del comercio exterior mediante la imposición de medidas carentes de legalidad y/o razonabilidad (...).”*

26 Artículo 4º.- Las disposiciones por medio de las cuales se establezcan trámites o requisitos o que afecten de alguna manera la libre comercialización interna o la exportación o importación de bienes o servicios podrán aprobarse únicamente mediante Decreto Supremo refrendado por el MEF y por el sector involucrado.

27 Artículo 1º.- Ninguna entidad, con excepción del MEF, puede irrogarse la facultad de dictar medidas destinadas a restringir o impedir el libre flujo de mercancías mediante la imposición de trámites, requisitos o medidas de cualquier naturaleza que afecten las importaciones o exportaciones. En ese sentido son nulos todos los actos que contravengan lo dispuesto en el presente artículo.

28 Debemos precisar que el Tribunal confirmó la Resolución N° 018-2015/CNB-INDECOPI de fecha 19 de febrero de 2015, expedida en primera instancia administrativa por la antigua Comisión de Normalización y de Fiscalización de Barreras Comerciales (CNB), la misma que declaró fundada la denuncia interpuesta por Vega Motors E.I.R.L contra el MTC.

nacional o internacional, toda vez, que la legalidad define cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la entidad pública para su acción. Por consiguiente, si lo que se exige o se pretenda cobrar es contrario a ley nacional o internacional, de modo que afecte las actividades económicas de importación o exportación en el país, constituirá una medida ilegal.

## B. En cuanto a la razonabilidad de la medida

Respecto a la razonabilidad de la medida, incluye evaluar de manera conjunta tres etapas de evidencia y análisis a fin de determinar si las exigencias que restringen el comercio exterior son razonables y, por ende, pueden ser legitimados:

### B.1. Interés público e idoneidad

La autoridad que impone una exigencia o limitación a las exportaciones e importaciones debe acreditar que la medida adoptada persigue un objetivo legítimo<sup>29</sup>. De este modo, se garantiza que la administración pública no busque favorecer intereses particulares, sino solucionar problemas públicos. Asimismo, resulta necesario que la entidad emisora de la regulación acredite que dicha medida es idónea para el fin público protegido, de lo contrario podría permitirse restricciones innecesarias al comercio exterior.

### B.2. Proporcionalidad

Para satisfacer el segundo paso de la metodología de análisis de la razonabilidad de la medida adoptada, la autoridad debe demostrar que la restricción es

proporcional a los fines que quiere alcanzar. Es decir, que los beneficios obtenidos por la restricción son mayores que los costos impuestos por ella. En este punto es importante señalar, que la administración es quien tiene la carga de probar que su medida es proporcional.

### B.3. Opción menos gravosa

Finalmente, el análisis de la razonabilidad de las restricciones al comercio exterior implica evaluar que las medidas adoptadas por las autoridades sean las opciones menos gravosas para los agentes económicos que concurren en el mercado. La entidad denunciada tiene la carga de probar que la exigencia cuestionada es la menos gravosa para los interesados, en relación con las demás opciones existentes para lograr la tutela del objetivo legítimo invocado.

Esta metodología para evaluar la razonabilidad de las exigencias que restringen el comercio exterior sigue los parámetros del test de razonabilidad utilizado por los distintos tribunales en el mundo<sup>30</sup>, incluyendo al Tribunal Constitución peruano<sup>31</sup>. Asimismo, como ya señalamos dicha metodología ha sido desarrollada por el precedente de observancia obligatoria aprobado por la Resolución 182-97-TDC, para evaluar la razonabilidad de las barreras burocráticas que afectan el acceso o la permanencia en el mercado de los agentes económicos.

Sobre la base de lo antes expuesto, es posible concluir que las restricciones al comercio exterior

29 Se fundamentan en objetivos de interés público, tales como la protección de la vida humana, la salud pública, la seguridad nacional, la preservación de la vida animal y vegetal, la protección del ambiente, entre otros.

30 Al respecto, ver: *Stone Sweet, Alec y Mathews, Jud. "Proportionality Balancing and Global Constitutionalism"*. En *Columbia Journal Of Transnational Law*, Vol. 47 (2008).

31 Sobre el particular, ver las sentencias de los expedientes 0016-2002/AI, 008-2003/AI, 045-2004/AI o 048-2004/AI.

## **Reglas Generales para el Ejercicio de la Potestad de Control posterior y Eliminación de Barreras Comerciales no Arancelarias del INDECOPI**

son razonables y, por ende, pueden ser legitimados solo si cumple de manera conjunta los siguientes requisitos: i) se fundamentan en objetivos de interés público; ii) son proporcionales con el fin protegido; y, iii) constituyen la opción menos gravosa. Basta que la medida no supere uno de los filtros mencionados para que sea declarada medida para-arancelaria contraria a los principios que rigen la libertad de comercio en el país.

A manera de ejemplo, en este punto debemos destacar un caso emblemático resuelto en el año 2010 por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI<sup>32</sup> a través de la Resolución N° 2843-2010/SC1-INDECOPI, por medio de la cual se eliminó dos medidas para-arancelarias injustificadas contra la importación de productos artesanales de tabaco.

Las medidas para-arancelarias injustificadas consistían básicamente en: i) la exigencia de indicar el precio de venta de los productos artesanales de tabaco en su rotulado; y, ii) prohibir re-etiquetar el rotulado y las advertencias sanitarias de los productos artesanales de tabaco en el territorio nacional (zona primaria). Tal exigencia había sido impuesta en virtud del artículo 24º Inciso 2 y el artículo 44º del Decreto Supremo N° 015-2008-SA, Reglamento de la Ley N° 28705- Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos de Consumo de Tabaco. El órgano colegiado evaluó la decisión impugnada por la empresa denunciante que, como otras, importaba productos artesanales de tabaco. Esta nueva exigencia les restringía la importación. Nadie discute que el consumo del tabaco es un grave problema que enfrenta nuestro país. Mitigar dicho problema es un objetivo legítimo del Estado. Sin embargo, no se acredita que las medidas empleadas

para ello sean razonables. Al respecto el órgano colegiado constato que:

- i) El MINSA no logró identificar el objetivo legítimo que el reglamento busca proteger con la obligación de colocar el precio de venta, así como la prohibición de re-etiquetar en territorio nacional los productos artesanales de tabaco.
- ii) No logró determinar cuáles serían los costos y beneficios que importan la adopción de las medidas cuestionadas.
- iii) No logró acreditar que dicha entidad haya planteado otras alternativas para proteger el objetivo legítimo perseguido con sus medidas, de manera que escogiera la opción menos costosa para los agentes económicos.

En consecuencia, el órgano colegiado ordenó que el artículo 24º inciso 2 y el artículo 44º Decreto Supremo N° 015-2008-SA, Reglamento de la Ley N° 28705 fueran inaplicables a la empresa denunciante, toda vez, que constituía una medida restrictiva sin justificación y excesiva en la medida que se pudiera haber previsto otra que garantice de manera suficiente el objetivo legítimo perseguido.

### **1.4. Sobre el procedimiento para la eliminación de barreras comerciales no arancelarias**

De las reglas generales bajo análisis, tenemos que la actividad de la Comisión encaminada a la eliminación de una barrera comercial no arancelaria se produce de la siguiente manera:

- i) El procedimiento para la eliminación de barreras comerciales no arancelarias carentes de

32 Existe otra experiencia exitosa sobre medida para-arancelaria injustificada que puede ser consultada. Ver Resolución N° 019-2009/CNB-INDECOPI de fecha 10 de junio de 2009.

legalidad o razonabilidad podrá iniciarse de oficio o a pedido de parte, siempre en cuando, la restricción para-arancelaria al comercio exterior se encuentre contenida en normas infra-legales o en actos de alcance particular o disposiciones de alcance general que tengan la misma calificación. En este caso, se identificará la restricción para-arancelaria que se denuncia, así como la autoridad que establece la restricción para-arancelaria.

En la normativa que regula este procedimiento no se establece que previamente la pretensión de la persona natural o jurídica denunciante haya sido denegada mediante una resolución específica de la autoridad sectorial. Para activar el mecanismo de investigación y fiscalización de esta Comisión, es suficiente que el recurrente crea haber detectado la existencia de una medida para-arancelaria en la normativa vigente, es así, que durante el procedimiento administrativo se determinará si en efecto aquella medida para-arancelaria existe o no. Este criterio ha sido confirmado por el Tribunal Administrativo del INDECOPÍ en los expedientes sobre barreras para-arancelarias a la importación de autopartes remanufacturadas (Expedientes número 001-2014-CNB/P y 002-2014/CNB-P).

ii) Una vez, interpuesta la denuncia con la exposición de hechos, fundamentación y documentación sustentaría, la Comisión analizará y evaluará la legalidad y racionalidad de la exigencia administrativa cuestionada dentro de un plazo máximo de 120 días hábiles de conformidad con el Texto Único de Procedimientos Administrativos – TUPA del INDECOPÍ<sup>33</sup>.

En cuanto a la legalidad de la medida, la Comisión debe determinar si la exigencia encuadra o no dentro de las competencias y atribuciones conferidas a la

autoridad administrativa, por un lado, y por otro, si la exigencia respeta o no los procedimientos y formalidades necesarias para su creación. Con respecto a la racionalidad de la medida el denunciante debe probar evidencia de que la medida puede impedir u obstaculizar su ingreso o permanencia en el mercado debido a que: a) establece tratamiento discriminatorio, b) carece de fundamentos, es decir, se trata de una medida arbitraria; o c) resulta excesiva a sus fines, en otras palabras, se trata de una medida desproporcionada.

Si la Comisión considera que existen indicios razonables de la existencia de una barrera comercial no arancelaria irracional, requiere a la autoridad administrativa correspondiente para que acredite la racionalidad de la medida, esto es, para que acredite: a) el interés público que justificó la medida impugnada y los beneficios de carácter general que se esperaban obtener con ella; b) que las cargas o restricciones impuestas sobre los administrados eran adecuadas o razonables, teniendo en cuenta los fines que se pretende alcanzar; y c) que existan elementos de juicio que permitan arribar a la conclusión de que la exigencia cuestionada era una de las opciones menos gravosas para los interesados en relación con las demás opciones existentes para lograr el fin previsto.

La Comisión efectúa un balance de los costos privados que se derivan de la medida frente a los posibles beneficios públicos previstos, para determinar si la medida se encuentra justificada, si es proporcional a los fines previstos y si no genera tratos discriminatorios.

iii) Al cabo de dicho análisis La Comisión debe concluir, si la medida objeto de denuncia constituye

33 Aprobado mediante Decreto Supremo N° 085-2010-PCM publicado el 19 de agosto de 2010, el cual ha sido modificado mediante Decreto Supremo N° 110-2010-PCM de fecha 16 de diciembre de 2010 y Resolución Ministerial N° 346-2011-PCM de fecha 22 de diciembre de 2011.

## **Reglas Generales para el Ejercicio de la Potestad de Control posterior y Eliminación de Barreras Comerciales no Arancelarias del INDECOPI**

o no una barrera comerciales no arancelarias carente de legalidad y/o razonabilidad.

De tratarse de una barrera comercial no arancelaria injustificada o desproporcionada La Comisión o, en su caso, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia se pronuncian, mediante resolución, sobre la inaplicación de dicha norma al caso concreto<sup>34</sup>, de modo que, una vez que la Resolución quede consentida y ejecutoriada se notificará a la entidad estatal que emitió el acto o disposición para que pueda disponer su modificación o derogación.

Nótese en este punto, que la Comisión o la Sala Especializada en Defensa de la Competencia no tienen la facultad de derogar o modificar una disposición normativa que establece una barrera comercial no arancelaria injustificada y/o desproporcionada, sino más bien, podrá recomendar a la entidad pública que estableció la medida la modificación o derogación del acto o disposición que contiene la misma.

Al tratarse de una evaluación de oficio, y si la barrera comercial no arancelaria se encuentra contenida en un decreto supremo, el INDECOPI promoverá su eliminación o derogación por vías no directas, por ejemplo interponiendo una Acción Popular<sup>35</sup>.

Asimismo, para el efectivo ejercicio de su función de identificación, evaluación y eliminación de las barreras comerciales no arancelarias, esta Comisión del INDECOPI tendrá a cargo las siguientes actuaciones:

a) Publicar semanalmente un aviso sobre los casos iniciados, informando sobre la barrera que es objeto de análisis. Ello permitirá que las empresas

interesadas soliciten beneficiarse con la posible inaplicación de dicha barrera.

b) Recomendar, a la entidad que estableció la barrera, la modificación del acto o disposición que la contiene, fijándole un plazo.

c) Elaborar un Guía de Buenas Prácticas de Reglamentación Técnica, que instruya a las entidades públicas para no imponer barreras injustificadas o desproporcionadas que limiten el desarrollo del comercio exterior.

### **Conclusiones**

Las “Reglas Generales sobre el Ejercicio de la Potestad de Control Posterior y Eliminación de Barreras Comerciales No Arancelarias del INDECOPI” establecen criterios y lineamientos para regular el ejercicio de la potestad de identificación, evaluación y eliminación de aquellos actos o disposiciones de la Administración Pública que limitan el desarrollo del comercio exterior mediante la imposición de medidas carentes de legalidad y/o razonabilidad; caso en el cual, la Comisión en una primera instancia así, como la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal en una segunda y definitiva instancia administrativa cuentan con la facultad para disponer su inaplicación a un caso en concreto, con la finalidad de garantizar la libertad de comercio y de esta manera mejorar la competitividad de las empresas y el bienestar de los consumidores y, al mismo tiempo asegurar la observancia de los compromisos asumidos en el ámbito de la OMC y en los Acuerdos Comerciales Regionales (ACR) en los que participa el Perú<sup>36</sup>.

34 En virtud de lo dispuesto en el artículo 48° de la Ley N° 27444-Ley del Procedimiento Administrativo General.

35 La Constitución de 1993, en el inciso 5° del artículo 200° prevé la acción popular, que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen.

36 A la fecha, el Perú cuenta con 18 Acuerdos Comerciales de diversa índole vigentes. Al respecto, véase: <[www.acuerdoscomerciales.gob.pe](http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe)>. Consulta: 12 de junio de 2016.

En las reglas generales se han establecido los alcances y límites de la función de control posterior y eliminación de barreras comerciales no arancelarias del INDECOPI, al establecer taxativamente que dicha potestad únicamente procede cuando la barrera comercial no arancelaria se encuentre contenida en disposiciones legales de menor jerarquía que la ley o actos de alcance particular o disposiciones de alcance general que tengan la misma calificación.

En la Resolución que determina la inaplicación de una exigencia al caso concreto y que ponga fin al procedimiento, La Comisión o, en su caso, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia, podrá recomendar a la entidad estatal que emitió la medida para que pueda disponer su modificación o derogación.

Existen diversos instrumentos legales, que resultan de utilidad para efectos del entendimiento y aplicación de las Reglas Generales contenidas en el Decreto Legislativo N° 1212, entre ellas: la Ley N° 27444- Ley del procedimiento administrativo en General; Ley N° 30224- Ley que crea el Sistema Nacional para la Calidad y el Instituto Nacional de Calidad; Ley N° 28996- Ley de Eliminación de Sobrecostos, Trabas y Restricciones a la Inversión privada así, como los Decretos Legislativos N° 668 y N° 1033; los Decretos Leyes N° 25629, N° 25909 y la Resolución N° 182-97-TDC, precedente de observancia obligatoria.

## Bibliografía

BREWER, Allan

2005, *Derecho Administrativo*. Segunda Ed. Tomo I. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana.

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL.

2016<sup>a</sup>, ¿Qué es el INDECOPI? Portal del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Consulta: 19 de febrero de 2016.

<<https://www.indecopi.gob.pe/inicio>>.

2016b, La comisión de *Dumping*, Subsidios y eliminación de Barreras Comerciales No Arancelarias. Consulta: 19 de febrero de 2016.

<<https://www.indecopi.gob.pe/web/fiscalizacion-dumping-y-subsidios/presentacion>>.

KRESALJA, Baldo y OCHOA, César

2012, *El Régimen Económico de la Constitución de 1993*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

**Reglas Generales para el Ejercicio de la Potestad de Control posterior y Eliminación de Barreras Comerciales no Arancelarias del INDECOPI**

MÁRQUEZ, Daniel

2003, *Los Procedimientos Administrativos Materialmente Jurisdiccionales como Medios de Control en la Administración Pública*. 1era Ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

OCHOA, César

2013, "El control de barreras burocráticas por el INDECOPI y la tutela de derechos fundamentales económicos". *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*. Lima, agosto, año 13, número 71, pp. 413-442.

QUIROGA, Aníbal

2016, "Control constitucional de las barreras burocráticas y las facultades del INDECOPI". *Revista Virtual de la Facultad de Derecho PUCP*. Consulta: 04 de marzo de 2016.  
<<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/viewFile/6137/6156>>.

WITKER, Jorge

2011, *Derecho del Comercio Exterior*. Primera Ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. 