



Juan Luis Avendaño Valdez^(*) y Fiorella Zumaeta Castro^(**)

El que no cae, no tiene que resbalar en el Poder Judicial

Las barreras burocráticas y el procedimiento administrativo^(***)

“EN ESTOS CASOS SE IDENTIFICA LA IMPOSICIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS ILEGALES Y/O CARENTES DE RAZONABILIDAD, QUE LEJOS DE GARANTIZAR UN ADECUADO EJERCICIO DE LA INICIATIVA PRIVADA, ENTORPECEN EL DESARROLLO DE LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS, IMPONIENDO SOBRECOSTOS QUE FINALMENTE SERÁN TRASLADADOS A LOS CONSUMIDORES Y A LA SOCIEDAD EN GENERAL.”

1. Introducción

Estamos llenos de trámites ante la Administración Pública y esto motiva que se hable cada vez más de la Reforma del Estado. Existe un procedimiento para simplificar dichos trámites e incluso para eliminarlos; sin embargo y curiosamente, no es utilizado por los afectados con la frecuencia que se debería. Más grave aún es que los agentes económicos recurren al Poder Judicial para atacar las barreras burocráticas, recargando el despacho de los jueces y dejando de lado un procedimiento más breve y menos oneroso.

Las barreras burocráticas son exigencias ilegales o desproporcionadas que generan sobrecostos y entorpecen el desarrollo de actividades económicas. Un típico caso es el requerimiento de innumerables sellos, certificados, pagos y cuanto papel exista para obtener una simple licencia de funcionamiento. Si el particular no logra “recolectar” todos los requisitos, como si fueran las figuritas de un álbum del mundial, simplemente tiene por denegada su solicitud.

Ante este escenario muchos abogados plantean recurrir al Poder Judicial como un paso necesario (y muchas veces ineludible) de su estrategia. Solemos utilizar esta vía para discutir desde una compleja nulidad de contrato hasta un desalajo y es que, desde que estuvimos en los primeros

(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Procesal en la misma casa de estudios. Experto en Derecho Procesal. Socio de Miranda & Amado Abogados.

(**) Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociada de Bullard, Falla & Ezcurra Abogados.

(***) Las opiniones vertidas en el presente artículo responden únicamente a sus autores y no constituye una posición oficial de algún órgano funcional del Indecopi, ni los comprometen en ningún sentido.

**El que no cae, no tiene que resbalar en el Poder Judicial.
Las barreras burocráticas y el procedimiento administrativo**



“DEL MISMO MODO, NO TODA RESTRICCIÓN IMPUESTA POR EL ESTADO ES SUSCEPTIBLE DE SER DENUNCIADA COMO UNA BARRERA BUROCRÁTICA. TALES LIMITACIONES SERÁN ENJUICIALES ANTE LA COMISIÓN, EN TANTO IMPLIQUEN EL EJERCICIO DE POTESTADES DE IMPERIO. ASÍ, SI UNA ENTIDAD ESTATAL IMPONE CONDICIONES DENTRO DE LA ESFERA DEL DERECHO PRIVADO(29), TALES RESTRICCIONES, POR MÁS QUE AFECTEN LA ACTIVIDAD ECONÓMICA DE UN PARTICULAR, NO PODRÁN SER CONOCIDAS POR LA COMISIÓN.”

ciclos de la carrera, nos enseñaron que el que no cae, resbala en el Poder Judicial.

Es cierto que el Poder Judicial es el órgano constitucional, por antonomasia, para obtener justicia y solucionar los conflictos que se presentan en el día a día. Nuestros jueces cuentan con las facultades necesarias para dirimir las causas sujetas a su conocimiento, a través de un proceso que, comprende diversas etapas para resolver la materia controvertida y además tiene instancias que permiten revisar los fallos emitidos. Sin embargo, también es cierto que no siempre es necesario activar esta compleja y costosa vía para solucionar todo tipo de controversia. Una operación no es el remedio más idóneo para curar un simple dolor de hombro, sino un antiinflamatorio que podría ser una solución más efectiva y menos costosa. Si bien ambas alternativas atacan la raíz del problema, evidentemente, una representa mayor inversión de tiempo y dinero que la otra. Igual ocurre con determinados “problemas jurídicos” que no

requieren del Poder Judicial, al menos en un primer momento.

Considerando que no toda controversia debe ser ventilada necesariamente en el Poder Judicial, en este artículo pretendemos mostrar una opción paralela que suele ser más rápida y menos onerosa para solucionar situaciones que imponen trabas a los agentes económicos en el desarrollo de sus actividades. En particular, nos centraremos en el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas como una alternativa al proceso contencioso administrativo, a la acción de amparo, a la acción popular o incluso a la acción de inconstitucionalidad⁽¹⁾, una opción

(1) Si bien de acuerdo con el artículo 98 del Código Procesal Constitucional, el proceso de inconstitucionalidad no es tramitado ante el Poder Judicial (sino ante el Tribunal Constitucional), en el presente artículo también desarrollaremos la relación entre este proceso y el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas.



Juan Luis Avendaño Valdez y Fiorella Zumaeta Castro

relativamente innovadora, que pese a tener más de 15 años ha sido poco difundida entre los abogados y la comunidad en general.

Así pues, en las siguientes líneas explicaremos, de manera breve, en qué consiste este sistema, presentando sus ventajas en cuanto a plazos, requisitos y efectos (entre otras características propias del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas), en comparación con otras vías legales. Ello, a fin de introducir a los lectores a esta novedosa y bastante particular herramienta.

Finalmente, debemos indicar que este artículo no pretende hacer una evaluación exhaustiva de cada aspecto del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas (pues ello demandaría un trabajo mucho más ambicioso que excede los límites de un artículo), sino transmitir a los lectores las principales características de esta herramienta, para que en futuros casos puedan decidir de manera informada si es viable y conveniente utilizar el sistema de eliminación de barreras burocráticas u otras alternativas legales para solucionar el problema que se les ha presentado.

2. El procedimiento de eliminación de barreras burocráticas

Como fue señalado, el sistema de eliminación de barreras burocráticas es un mecanismo relativamente nuevo y, como tal, no cuenta con un dispositivo legal que compile todas las reglas que rigen su procedimiento. Entre las normas dispersas aplicables a este sistema, son de especial relevancia el artículo 26 BIS del Decreto Ley 25868 - antigua Ley de Organización y Funciones del Indecopi (en adelante, artículo 26 BIS), el artículo 48 de la Ley 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General y la Ley 28996 - Ley de eliminación de sobrecostos, trabas y restricciones a la inversión privada. Tales disposiciones definen, entre otros aspectos, el objeto de análisis del procedimiento, las competencias de la autoridad encargada de su tramitación, el nivel de evaluación que emplea y los efectos de su pronunciamiento.

Hecha esta precisión, pasaremos a abordar los principales aspectos del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas.

2.1. ¿Quién tramita el procedimiento?

Como cuestión previa al análisis de las particularidades del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas, consideramos necesario indicar quién es la autoridad encargada de su tramitación. Al respecto, el artículo 26 BIS establece que la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas de Indecopi (antes denominada Comisión de Acceso al Mercado) es el órgano competente para conocer sobre los actos y disposiciones de las entidades de la Administración Pública que generen barreras burocráticas que impidan u obstaculicen ilegal o irracionalmente el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado⁽²⁾.

En el mismo sentido, el artículo 48 de la Ley 27444 indica que la Comisión es la encargada de velar por el cumplimiento de las normas de simplificación y de eliminar las barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad, contenidas en decretos supremos, resoluciones ministeriales y normas municipales o regionales de carácter general⁽³⁾.

Asimismo, existen otras normas especiales que otorgan competencias a la Comisión para eliminar las restricciones ilegales y/o irrazonables impuestas en el respectivo sector económico. Por ejemplo, el artículo 61 del Decreto Legislativo 776 la faculta a evaluar la imposición de las barreras burocráticas contenidas en los tributos municipales; por su parte, el artículo 17 de la Ley 28976 le encomienda la supervisión de las exigencias

(2) Véase: Decreto Ley 25868. Ley De Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual –Indecopi. Artículo 26 BIS.

(3) Véase: Ley 27444. Ley del Procedimiento Administrativo General. Artículo 48.

El que no cae, no tiene que resbalar en el Poder Judicial. Las barreras burocráticas y el procedimiento administrativo

impuestas para el otorgamiento de licencias de funcionamiento; así como, el artículo 10 de la Ley 29022 y el artículo 4 del Decreto Legislativo 1014 le otorgan potestades para eliminar las barreras burocráticas que se impongan a las empresas que prestan servicios públicos.

De otro lado, en vía de apelación, los procedimientos son tramitados ante la Sala de Defensa de la Competencia No. 1, de acuerdo con las facultades conferidas por el Decreto Legislativo 807⁽⁴⁾ y el Decreto Legislativo 1033⁽⁵⁾, que regulan la organización y funciones del Indecopi.

Cabe indicar que las competencias para eliminar barreras burocráticas (que facilitan el acceso al mercado y garantizan la existencia de competencia) son atribuidas al Indecopi en virtud de su rol promotor del mercado, de la libre iniciativa privada y de la leal y honesta competencia⁽⁶⁾.

En síntesis, los cuestionamientos a las barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad impuestas en los distintos sectores económicos son canalizados ante la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi.

2.2. ¿Cuál es el objeto del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas?

Como su propio nombre lo indica, el objeto del procedimiento bajo comentario es *la eliminación de las barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad* que obstaculizan el desarrollo de las actividades económicas. De acuerdo con el artículo 2 de la Ley 28996, se entiende por “barreras burocráticas” a las exigencias, requisitos, prohibiciones y/o cobros para la realización de actividades económicas, establecidos por las entidades de la Administración Pública a través de sus actos y disposiciones⁽⁷⁾.

No toda barrera burocrática es perjudicial en sí misma. Por el contrario, muchas constituyen una limitación a la libre iniciativa privada con la finalidad de proteger el interés social⁽⁸⁾, es decir,

son restricciones para un adecuado desarrollo de las actividades económicas. Un ejemplo es la licencia exigida por las municipalidades para el funcionamiento de una discoteca u otro lugar de esparcimiento. Queda claro, pues, que antes de instalar un local de este tipo es necesario que la autoridad (en este caso la municipalidad de la respectiva jurisdicción) verifique que el recinto a utilizarse sea compatible con la zonificación y uso asignados y que además cuente con las condiciones de seguridad requeridas. En ese sentido, las barreras burocráticas implican un rol positivo dentro del mercado.

No obstante, en algunas ocasiones las autoridades establecen restricciones contrarias al ordenamiento jurídico o desproporcionadas para tutelar el interés público comprometido. En estos casos se identifica la imposición de barreras burocráticas *ilegales y/o carentes de razonabilidad*, que lejos de garantizar un adecuado ejercicio de la iniciativa privada, entorpecen el desarrollo de las actividades económicas, imponiendo sobrecostos que finalmente serán trasladados a los consumidores y a la sociedad en general. Remitiéndonos al ejemplo anterior, la exigencia adicional de acondicionar el establecimiento a ciertos parámetros estéticos (como podría ser el tamaño de las sillas, la forma de las mesas o el uniforme del personal) constituiría una barrera burocrática ilegal y carente de razonabilidad pues excede las competencias atribuidas a la municipalidad por la Ley Marco de Licencia de Funcionamiento y, además, impone requisitos innecesarios para proteger un interés público, como podría ser tranquilidad de los vecinos.

(4) Véase: Decreto Legislativo 807. Facultades, normas y organización del Indecopi. Artículo 47.

(5) Véase: Decreto Legislativo 1033. Ley de organización y funciones del Instituto Nacional De Defensa de la competencia y de la protección de la Propiedad Intelectual – Indecopi. Artículo 14.

(6) Véase: Decreto Legislativo 1033. Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – Indecopi. Artículo 34.

(7) Véase: Ley 28996. Ley de eliminación de sobrecostos, trabas y restricciones a La Inversión Privada. Artículo 2.

(8) Ello en ejercicio del rol económico del Estado, reconocido por el artículo 59 de la Constitución Política del Perú.



Juan Luis Avendaño Valdez y Fiorella Zumaeta Castro

Teniendo en cuenta los efectos perjudiciales que conlleva el establecimiento de restricciones desproporcionadas y contrarias al ordenamiento jurídico, el objeto de este procedimiento es eliminar esas barreras burocráticas, consideradas ilegales y/o carentes de razonabilidad.

2.3. ¿Qué se denuncia?

De acuerdo con lo señalado por el artículo 26 BIS, las barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad pueden encontrarse contenidas en *actos o disposiciones* de la Administración Pública.

Es claro que el término *acto* abarca la categoría de actos administrativos, tal como una resolución que deniega el funcionamiento de un local comercial; y, de actos materiales, como lo es el cierre de dicho establecimiento sin la emisión de algún pronunciamiento expreso de por medio⁽⁹⁾. No obstante, un punto que no es pacífico en la jurisprudencia administrativa es el referido a las omisiones, ¿la mera inacción de las autoridades puede ser calificada como un acto que impone barreras burocráticas?

En diversos pronunciamientos, la Comisión ha sostenido que la Ley 28996 solo califica como barrera burocrática a los actos y disposiciones, es decir, a las acciones de las entidades de la Administración Pública que impiden el acceso o la permanencia de las empresas en el mercado. En atención a ello, la Comisión considera que las omisiones al ser inacciones se encuentran excluidas de las competencias del Indecopi⁽¹⁰⁾. En estos pronunciamientos, dicho colegiado señaló que la vía legal pertinente para analizar las omisiones eran las quejas funcionales, las acciones de cumplimiento y los procesos contenciosos administrativos, entre otros. Este criterio fue compartido por la Sala en algunas resoluciones⁽¹¹⁾. Sin embargo, en últimos pronunciamientos el Tribunal ha dejado abierta la posibilidad de calificar una omisión como una barrera burocrática.

- (9) Cabe señalar que, como en todo procedimiento, las partes tienen la carga de acreditar sus afirmaciones. De este modo, si un denunciante considera que una entidad de la Administración Pública le está imponiendo una barrera burocrática a través de un acto material (que no requiere de una declaración expresa al respecto por parte de la autoridad), ello no lo exime de acreditar esta situación, en aplicación supletoria del artículo 196 del Código Procesal Civil. En efecto, un ejemplo de una barrera burocrática impuesta a través de actos materiales puede presentarse en algunas localidades donde la municipalidad ha restringido el tránsito por ciertas vías sin haber emitido alguna disposición o acto administrativo expreso al respecto. En estos casos, los transportistas que cuentan con una licencia para transitar por tales rutas podrían denunciar el mencionado cierre como una barrera burocrática que desconoce los derechos conferidos por su autorización, sin haberse seguido el procedimiento de revocación establecido por el artículo 203 de la Ley 27444. No obstante, aun cuando no existiese alguna declaración expresa por parte de la autoridad, el denunciante tendría la carga de acreditar la imposición de la barrera burocrática, por ejemplo, a través de un acta notarial que deje constancia del cierre de determinadas vías, fotografías que reflejen dicha obstrucción, o, incluso de papeletas de multa que le fueron impuestas por ingresar a tales zonas, pese a contar con una autorización, entre otra documentación.
- (10) Sobre el particular puede revisarse la Resolución 160-2010/CEB-INDECOPI del 9 de julio de 2010 en la que la Comisión declaró improcedente una denuncia que cuestionaba la falta de devolución de un vehículo retenido en el depósito municipal, por considerar que la omisión de la autoridad denunciada no constituía en acto o una disposición en los términos del artículo 26 BIS del Decreto Ley 25868 y el artículo 2 de la Ley 28996. Un criterio similar fue recogido por la Comisión descentralizada en Piura en la Resolución 230-2010/CEB-INDECOPI-PIU del 4 de febrero de 2010, en la que declaró improcedente una denuncia que cuestionó la falta de inscripción de un predio en el registro de la Municipalidad.
- (11) Ver por ejemplo la Resolución 0986-2009/SC1-INDECOPI del 10 de setiembre de 2009 emitida en el marco del procedimiento seguido de oficio por la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas contra la Municipalidad de San Juan de Lurigancho – Chosica. En este procedimiento la resolución de primera instancia declaró barrera burocrática ilegal la omisión de publicar en el portal electrónico de la municipalidad, los documentos que deben estar a disposición de los administrados, según el artículo 16 de la Ley 28976, Ley Marco de Licencia de Funcionamiento. Sin embargo, la Sala revocó dicho pronunciamiento señalando que las barreras burocráticas solo son los actos o disposiciones de la Administración Pública, por lo que las omisiones se encuentran excluidas de las competencias de la Comisión. Este criterio también fue acogido en las Resoluciones 0143, 0144, 0145 y 0146-2009/SC1-INDECOPI del 14 de abril de 2009, entre otros pronunciamientos.

El que no cae, no tiene que resbalar en el Poder Judicial. Las barreras burocráticas y el procedimiento administrativo

En efecto, en la Resolución No. 0837-2011/SC1INDECOPI del 13 de abril de 2011, la Sala sostuvo que el artículo 26 BIS del Decreto Ley 25868 no restringe la posibilidad de evaluar omisiones, señalando lo siguiente: “Así, es pertinente precisar que el artículo 26 BIS no desconoce la posibilidad de que una omisión de la Administración Pública pueda ser calificada materialmente como un “acto” que imponga barreras burocráticas que afecten el acceso o la permanencia en el mercado de los agentes económicos”.

Siendo un tema controversial, nos inclinamos a considerar que las omisiones que obstaculizan el acceso o la permanencia de los agentes económicos en el mercado sí pueden constituir barreras burocráticas susceptibles de ser evaluadas por la Comisión. A nuestro criterio, solo una lectura literal del artículo 26 BIS y la Ley 28996 excluye a las omisiones del ámbito de competencia de la Comisión pero, ¿acaso la inactividad de una autoridad no puede causar el mismo daño o incluso uno mayor que una declaración expresa? Si la finalidad del sistema de eliminación de barreras burocráticas es descartar toda traba ilegal o irrazonable que afecta el ejercicio de actividades económicas, ¿por qué habríamos de exceptuar a las omisiones? Creemos que la inactividad de la Administración Pública puede ser tan nociva como su conducta positiva y por ello debe someterse las omisiones al análisis de legalidad y razonabilidad efectuado por la Comisión.

Esta lógica ha sido recogida en otros cuerpos normativos. Por ejemplo, la Ley del Silencio Administrativo⁽¹²⁾ sanciona la omisión de la administración de emitir un pronunciamiento, con el otorgamiento (o, en ciertos casos, la denegatoria) de las prerrogativas solicitadas por los administrados. Ello tiene sustento en el reconocimiento de que la inacción del

Estado puede generar efectos perjudiciales en los administrados y sus actividades económicas⁽¹³⁾.

Asimismo, no puede perderse de vista que esta lectura literal que excluye a las omisiones del ámbito de competencia de la Comisión puede generar, en la administración, el incentivo perverso de quedarse en silencio para eludir la fiscalización del sistema de eliminación de barreras burocráticas. Así, sabiendo que las omisiones no constituyen barreras burocráticas, en lugar de denegar las solicitudes, las entidades podrían dejar de emitir un pronunciamiento. Es evidente que una interpretación en este sentido vaciaría de contenido a las normas de eliminación de barreras burocráticas e incluso podría imponer una barrera a los administrados, pues para acudir a la Comisión tendrían que conseguir a toda costa un acto positivo de la Administración.

Es importante tener en cuenta que esta posición inclusiva de las omisiones es concordante con los principios de interpretación sistemática⁽¹⁴⁾ y de coherencia normativa⁽¹⁵⁾, desarrollados por el Tribunal Constitucional, y además no vulnera el principio de legalidad⁽¹⁶⁾ en virtud del cual las autoridades están facultadas a ejercer solo aquellas atribuciones conferidas por ley. En este caso, la inacción de la Administración constituye un acto omisivo que puede imponer

(12) Ley 29060.

(13) Cabe indicar que de acuerdo con el artículo 26 BIS del Decreto Ley 25868, la Comisión tiene competencia para velar por el cumplimiento de la aplicación de los silencios administrativos en la medida que son la materialización de los principios de simplificación administrativa.

(14) El principio de interpretación sistemática supone que las partes integrantes de una disposición sean leídas de manera conjunta. De acuerdo con lo establecido por el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Expediente 0005-2003-AI-TC, las normas que integran un mismo artículo deben ser leídas de forma armónica:

(15) De acuerdo con lo señalado por Marcial Rubio, en virtud del principio de coherencia normativa se considera al Derecho como todo un sistema en el cual las diversas normas son consonantes entre sí y trabajan armónicamente. Sobre el particular, véase: RUBIO CORREA, Marcial. *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005; p. 111.

(16) Ley 27444. Ley del Procedimiento Administrativo General, Título Preliminar. Artículo III.



Juan Luis Avendaño Valdez y Fiorella Zumaeta Castro

exigencias, requisitos, prohibiciones y/o cobros que afectan el acceso o la permanencia de los agentes económicos en el mercado; de allí que el artículo 26 BIS sí faculta a la Comisión para evaluar las omisiones como barreras burocráticas.

En cuanto a las *disposiciones* aludidas por el artículo 26 BIS (como instrumento que materializan la imposición de barreras burocráticas), se entiende que estas son las normas de alcance general *emitidas por las entidades de la Administración Pública*. Teniendo en cuenta el agente emisor de la presunta barrera burocrática, en principio, se excluye de la competencia de la Comisión a las normas que tienen rango legal. Este criterio ha sido reiterado en múltiples pronunciamientos de la Sala, por ejemplo, mediante Resolución 0520-2011/SC1-INDECOPI⁽¹⁷⁾ dicho colegiado confirmó la improcedencia del cuestionamiento de las exigencias recogidas en el Decreto Supremos 020-2006-TR - Reglamento de la Ley de Modernización de la Seguridad Social, en la medida que estas eran la reproducción de las disposiciones contenidas en la Ley 28791 - que modificó la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud y la Ley 27866 - Ley del Trabajo Portuario.

Pese a lo señalado anteriormente, debe indicarse que la Comisión sí tiene competencias para evaluar las barreras burocráticas que puedan hallarse contenidas en las ordenanzas municipales o normas regionales, aun cuando dichas normas constitucionalmente tienen rango legal. Ello, obedece a las facultades conferidas por el artículo 48 de la Ley 27444, cuyo texto señala lo siguiente: “Cuando en un asunto de competencia de la Comisión de Acceso al Mercado, *la barrera burocrática haya sido establecida por un decreto supremo, una resolución ministerial o una norma municipal o regional de carácter general*, dicha Comisión se pronunciará, mediante resolución, disponiendo su inaplicación al caso concreto”.

Esta última competencia ha sido cuestionada por diversos gobiernos locales, siendo que incluso la Municipalidad

Metropolitana de Lima demandó su inconstitucionalidad en el proceso tramitado bajo el Expediente 00014-2009-PI/TC. Al respecto, el Tribunal Constitucional desestimó la demanda, ratificando las competencias atribuidas al Indecopi para evaluar las barreras burocráticas contenidas en las ordenanzas municipales y las normas regionales. En concreto, el mencionado colegiado indicó que la autonomía de los gobiernos regionales y locales no podía sustraerlos del cumplimiento de los principios generales de la política nacional en materia de competitividad, cuya protección fue encomendada a la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas⁽¹⁸⁾.

Finalmente, otro tema bastante discutido en relación con los instrumentos que pueden materializar la imposición de barreras burocráticas es si los contratos pueden ser materia de evaluación por parte de la Comisión. Al respecto, algunos autores⁽¹⁹⁾ han llegado a una conclusión afirmativa, bajo el amparo de las facultades conferidas por el artículo 26 BIS, aclaradas por el artículo 34 del Decreto Legislativo 1033, que desconcentra las funciones de la Comisión para analizar “actos, *contratos* y disposiciones de alcances general emanados de los órganos o entidades de la Administración Pública (...)”⁽²⁰⁾.

Hasta la fecha la Comisión no ha evaluado directamente algún contrato; sin embargo, sí ha declarado barrera burocrática ilegal una disposición sustentada en un contrato. Así, en el procedimiento iniciado de oficio contra la Municipalidad Metropolitana de Lima, la

(17) Emitida el 1 de marzo de 2011, en el marco de la denuncia interpuesta por la Asociación Peruana de Operadores Portuarios contra el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y el Seguro Social de Salud.

(18) Véase numerales 25, 26, 27 y 28.

(19) Sobre el particular, véase GÓMEZ APAC, Hugo. *Nuevos desafíos para la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del INDECOPI: Los monopolios legales sustentados en contratos de concesión*. En: *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*. No. 8.

(20) Decreto Legislativo 1033. Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – Indecopi. Artículo 34.

El que no cae, no tiene que resbalar en el Poder Judicial. Las barreras burocráticas y el procedimiento administrativo

Comisión determinó que la Ordenanza 694 (modificada por la Ordenanza 1097), que habilitó a Lidercon Perú SAC como la única empresa prestadora de servicios de revisión técnica con carácter oficial en base al contrato de exclusividad suscrito por ambas partes, constituía una barrera burocrática ilegal que vulneraba el Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada⁽²¹⁾.

En resumen, en un procedimiento de eliminación de barreras burocráticas pueden ser evaluados los actos de la administración, las omisiones y las disposiciones generales tales como los decretos supremos, las resoluciones ministeriales, las ordenanzas municipales y las normas regionales, entre otras.

2.4. ¿Quiénes pueden denunciar?

Los procedimientos de eliminación de barreras burocráticas pueden ser iniciados a solicitud de parte y de oficio.

En el primer caso, la denuncia puede ser interpuesta por cualquier persona natural o jurídica cuya permanencia o acceso al mercado pueda verse afectada real o potencialmente por un acto o disposición administrativa. De acuerdo con el criterio desarrollado por la Sala mediante Resolución 0396-2011/SC1-INDECOPI, para admitir a trámite una denuncia, no resulta necesario que la Comisión determine si el agente económico cuenta con un título habilitante para ejercer una actividad económica. Ello, guarda concordancia con las facultades atribuidas a dicho colegiado para pronunciarse sobre aquellas barreras burocráticas que afectan el acceso de potenciales agentes económicos al mercado formal⁽²²⁾.

Los procedimientos de oficio, por su lado son iniciados por la Comisión al verificar la existencia de indicios de la imposición de barreras burocráticas ilegales y/o carentes de

razonabilidad a través de disposiciones (tales como los decretos supremos, las resoluciones ministeriales o las normas municipales y regionales de carácter general) que podrían afectar a un número significativo de agentes económicos. La competencia para iniciar estos procedimientos de oficio es atribuida implícitamente por el artículo 26 BIS y de manera expresa por el artículo 48 de la Ley 27444⁽²³⁾ y el artículo 32 del Decreto Legislativo 1033⁽²⁴⁾, Ley de Organización y Funciones del Indecopi. Un ejemplo, lo constituyen los procedimientos iniciados contra las municipalidades que exigen requisitos adicionales a la Ley Marco de Licencia de Funcionamiento, a través de sus Textos Únicos de Procedimientos Administrativos.

Cabe indicar que independientemente de la forma como se inició el procedimiento (de oficio o a pedido de parte) la Comisión cuenta con un plazo de ciento veinte (120) días hábiles para resolver la materia de controversia, de acuerdo con la Decimocuarta Disposición Complementaria Final de la Ley 27809, Ley General del Sistema Concursal⁽²⁵⁾.

2.5. ¿Quiénes pueden ser denunciados?

Como fue señalado, las barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad son impuestas por las entidades de la Administración Pública. Sobre este punto es importante indicar que la legitimidad para obrar pasiva en este procedimiento no se ve determinada por la naturaleza pública de una entidad, sino por la naturaleza de las funciones que ésta ejerce.

(21) Este procedimiento fue tramitado bajo el Expediente 000101-2007/CAM donde se emitió, en primera instancia, la Resolución 0013-2008/CAM-INDECOPI del 24 de enero de 2008. Este pronunciamiento fue confirmado por la Sala mediante Resolución 1692-2208/TDC-INDECOPI del 22 de agosto de 2008.

(22) En este pronunciamiento emitido el 16 de febrero de 2011, la Sala revocó la resolución que declaró improcedente la denuncia interpuesta por los señores José Luis Artica Calle y Marco Antonio Gordillo León, por no acreditar que contaban con las autorizaciones municipales (credenciales) para prestar el servicio de transporte en la modalidad de taxi independiente.

(23) Véase: Ley 27444. Ley del Procedimiento Administrativo General. Artículo 48.

(24) Véase: Decreto Legislativo 1033. Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – Indecopi. Artículo 32.

(25) Véase: Ley 27809. Ley General del Sistema Concursal. Disposiciones complementarias finales. Décimo cuarta.



Juan Luis Avendaño Valdez y Fiorella Zumaeta Castro

En efecto, no solo las entidades estatales pueden ser denunciadas ante la Comisión; también pueden serlo aquellas que no pertenecen orgánicamente a la estructura del Estado, siempre que ejerzan una función administrativa. Al respecto, el artículo I del Título Preliminar de la Ley 27444 establece que el ejercicio de la función administrativa no se restringe solo a las entidades estatales o a aquellas que conforman orgánicamente la estructura estatal, sino que también puede ser realizada por las entidades cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas; así como las personas jurídicas bajo el régimen privado en virtud de la concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa en la materia⁽²⁶⁾.

Este criterio ha sido recogido por la Comisión y la Sala en múltiples pronunciamientos. Un ejemplo es el Expediente 00040-2009/CEB-INDECOPI, donde se denunció al Colegio de Arquitectos del Perú, Región Lima, pese a ser una entidad no estatal. En dicho procedimiento, la Sala indicó que el mencionado colegio profesional tenía legitimidad para obrar pasiva en la medida que ejercía función administrativa al emitir certificados de Habilitación Profesional⁽²⁷⁾. Un razonamiento similar fue desarrollado en la Resolución 1180-2007/TDC-INDECOPI⁽²⁸⁾, donde la Sala estableció que:

“El factor determinante por el que una persona de derecho privado se asimila a una entidad administrativa no son los términos en que fue creada, el régimen laboral de su personal o la recepción de fondos públicos, sino la naturaleza de las funciones que desarrolla. Si sus pronunciamientos son vinculantes u obligan a los particulares que actúan en una industria u oficio determinado, no por disposiciones contractuales sino por el poder de imperio propio del Estado, que ejerce dicha entidad privada, entonces estaremos frente al ejercicio de funciones públicas sin que ello implique una modificación

del régimen privado bajo el cual se organice la persona jurídica en cuestión”.

Del mismo modo, no toda restricción impuesta por el Estado es susceptible de ser denunciada como una barrera burocrática. Tales limitaciones serán enjuiciables ante la Comisión, en tanto impliquen el ejercicio de potestades de imperio. Así, si una entidad estatal impone condiciones dentro de la esfera del derecho privado⁽²⁹⁾, tales restricciones, por más que afecten la actividad económica de un particular, no podrán ser conocidas por la Comisión.

En consecuencia, la legitimidad para obrar pasiva en un procedimiento de eliminación de barreras burocráticas será determinada en virtud a la función que desempeñe la entidad que impone la restricción.

2.6. ¿Qué tipos de denuncias existen?

Como ha sido indicado, el artículo 26 BIS faculta a la Comisión para evaluar los actos y disposiciones de la Administración Pública. A nivel jurisprudencial, la Comisión y la Sala han dividido los tipos de denuncia en función al instrumento cuestionado⁽³⁰⁾.

Así, ambas instancias han señalado que cuando un agente económico cuestiona un *acto de carácter particular con efectos directos, ciertos e inminentes*, nos encontramos frente a una denuncia *en concreto*. Usualmente, las barreras en concreto son impuestas en el marco de un procedimiento administrativo, siendo típicos ejemplos la denegatoria de una

(26) Véase: Ley 27444. Ley del Procedimiento Administrativo General, Artículo I.

(27) Para mayores detalles puede revisarse la Resolución 1800-2010/SC1-INDECOPI del 8 de junio de 2010.

(28) Emitida el 11 de julio de 2007 en el marco del procedimiento seguido por el Instituto de Educación Superior Particular Eseful S.A.C. contra la Federación Peruana de Fútbol, bajo el Expediente 000065-2006/CAM.

(29) Claro está, respetando el principio de subsidiariedad, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 60 de la Constitución Política del Perú, el artículo 14 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal y el Precedente de Observancia Obligatoria aprobado mediante Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI del 29 de noviembre de 2010.

(30) Por ejemplo, puede revisarse la Resolución 2486-2010/SC1-INDECOPI del 8 de setiembre de 2010, emitido en el marco del procedimiento iniciado por el señor Edgardo del Pino Zapata contra la Municipalidad Distrital de Miraflores.

El que no cae, no tiene que resbalar en el Poder Judicial. Las barreras burocráticas y el procedimiento administrativo

licencia de funcionamiento o el desconocimiento del silencio administrativo.

Por otra parte, en aquellos procedimientos en los que se cuestionan *disposiciones de carácter general que afectan real o potencialmente las actividades económicas*, se denuncian barreras *en abstracto*. En estos casos, el particular cuestiona medidas potencialmente aplicables a sí y a terceros agentes concurrentes en el mercado. Es importante indicar que en este tipo de denuncias, el particular no requiere acreditar la imposición efectiva de la barrera burocrática ni un daño real, sino que bastará con demostrar la vigencia de la norma que la contiene⁽³¹⁾.

Cabe precisar que la clasificación mencionada no impide que un particular formule su denuncia en abstracto y en concreto, ya que la forma de su petitorio dependerá del instrumento que contenga la barrera burocrática. Así, por ejemplo, un agente económico podría denunciar en abstracto la metodología de cálculo de una determinada tasa y en concreto las resoluciones administrativas a través de las cuales se le exigió el pago de dicho tributo.

Finalmente, corresponde señalar que en atención a la naturaleza de los procedimientos de oficio (que buscan proteger el interés general de los particulares) este tipo de denuncias solo son formuladas en abstracto.

2.7. ¿Cuáles son los efectos del pronunciamiento?

De acuerdo con las competencias conferidas a la Comisión por el artículo 48 de la Ley 27444, sus pronunciamientos *no tienen efectos generales*, es decir, no son oponibles a la totalidad de particulares afectados con una barrera burocrática declarada ilegal y/o carente de razonabilidad.

Sin embargo, los alcances de cada pronunciamiento dependerán de la forma como fue iniciado el procedimiento. Si este es iniciado a pedido de parte, el efecto del pronunciamiento será opuesto únicamente al denunciante. Es decir, la barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad solo será inaplicada al accionante del procedimiento⁽³²⁾. Ello

será así, aun cuando se trate de una barrera en abstracto, esto es, de una restricción contenida en una disposición de alcances generales, dado que el pronunciamiento de la Comisión no implica la derogación de la norma infractora.

De este modo, si un agente económico se ve afectado con una norma que ha sido declarada barrera burocrática ilegal y/o irrazonable en un procedimiento iniciado por otro particular, no podrá pedir su inaplicación. Para sustraerse de la aplicación de dicha barrera burocrática, este agente económico deberá iniciar un nuevo procedimiento ante la Comisión. Un ejemplo de esta situación se ha presentado en torno a la ilegalidad de la tasa contenida en el Texto Único de Procedimientos Administrativo de la Autoridad Portuaria Nacional para el procedimiento de recepción y despacho de naves. En este caso, mediante Resolución No. 0119-2010/SC1-INDECOPI, emitida en el Expediente No. 025-2009/CEB, la Sala confirmó la ilegalidad de este tributo y ordenó su inaplicación a la denunciante, la Asociación Peruana de Agentes Marítimos; no obstante, pese a que había quedado acreditada la ilegalidad del mencionado derecho de tramitación, para inaplicarlo a otros agentes económicos, fue necesario que estos inicien sus respectivos procedimientos administrativos. Así, en el Expediente No. 032-2010/CEB se tramitó la denuncia de Tridentum SAC., en el Expediente No. 033-2010/CEB la denuncia de la Asociación Peruana de Operadores Portuarios y en el Expediente No. 0098-2010-CEB la denuncia de Inversiones El Gran Abanico SRL, todas ellas cuestionando la tasa por la recepción y despacho de naves contenida en el TUPA de la Autoridad Portuaria Nacional.

(31) Debe tenerse en cuenta que si durante la tramitación de un procedimiento donde se cuestiona la legalidad y/o razonabilidad de una disposición general –denuncia en abstracto– la Administración Pública deroga dicha norma, pero la sustituye por otra que contiene la misma exigencia o una de similar contenido, no se producirá la conclusión del procedimiento con sustracción de la materia en aplicación del artículo 321 del Código Procesal Civil.

(32) Véase: Ley 27444. Ley del Procedimiento Administrativo General. Artículo 48.



Juan Luis Avendaño Valdez y Fiorella Zumaeta Castro

Empero, la normativa vigente no impide que varios agentes, de manera conjunta, denuncien la ilegalidad y/o carencia de razonabilidad de una disposición en un solo procedimiento administrativo. Así, en el caso comentado en el párrafo anterior, Tridentum SAC, la Asociación Peruana de Operadores Portuarios e Inversiones El Gran Abanico SRL pudieron agruparse e interponer una sola denuncia. Ello, considerando que tales particulares cuestionaban la misma disposición normativa.

Finalmente, otro efecto de los pronunciamientos emitidos en el marco de procedimientos de parte, es la imposición de una sanción ante el incumplimiento del mandato. En efecto, de acuerdo con el artículo 26 BIS, si un funcionario aplica una barrera burocrática a un particular, cuando el Indecopi ya había ordenado su inoponibilidad, la Comisión puede imponer una sanción consistente en una amonestación si es una falta leve, una multa de hasta dos (2) UIT si es una falta grave y una multa de hasta cinco (5) UIT si es una falta muy grave. Ello sin perjuicio de la responsabilidad administrativa y la denuncia penal correspondiente⁽³³⁾.

De otro lado, en los casos iniciados de oficio los efectos del pronunciamiento no tienen una aplicación directa en los agentes económicos. De acuerdo con el artículo 48 de la Ley 27444, si la barrera burocrática se encuentra contenida en un decreto supremo o una resolución ministerial, el Indecopi podrá interponer una demanda de acción popular contra dicha disposición a efectos de lograr su modificación o derogación. En cambio, si la restricción es impuesta por ordenanzas municipales o normas regionales de carácter general, el Indecopi remitirá un informe a la Defensoría del Pueblo a fin de que evalúe la pertinencia de iniciar una acción de inconstitucionalidad⁽³⁴⁾.

Cabe señalar que la Defensoría del Pueblo cuestionó la constitucionalidad del artículo 3 de la Ley 28996 (que modificó el 48 de la Ley 27444) en el extremo que dispone que la Comisión acuda a dicha institución para que plantee la demanda de inconstitucionalidad de las normas municipales

y regionales con rango legal. No obstante, mediante sentencia emitida en el Expediente No. 0023-2008-AI, el Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda, haciendo la salvedad que la decisión de interponer una demanda de inconstitucionalidad recae en la Defensoría del Pueblo, siendo que no está obligada a actuar según los informes presentados por el Indecopi⁽³⁵⁾.

2.8. ¿Cómo se analizan las barreras burocráticas?

Un aspecto esencial del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas es la metodología que emplea la Comisión para evaluar los actos y disposiciones sometidos a su competencia. Como se verá más adelante, a diferencia de otros procesos tramitados en la vía judicial, el sistema de eliminación de barreras burocráticas permite efectuar un análisis de la legalidad y de la razonabilidad de la restricción denunciada.

Según el artículo 26 BIS, la Comisión es competente para conocer las barreras burocráticas *ilegales y/o carentes de razonabilidad* que afectan el desarrollo de actividades económicas; en ese sentido, mediante precedente de observancia obligatoria aprobado por Resolución No. 182-97-TDC⁽³⁶⁾, la Sala ha interpretado la metodología aplicable a su análisis. Así, la Comisión debe evaluar, en primer lugar, la legalidad de un acto o disposición y solo si la barrera burocrática supera dicho filtro de análisis, la Comisión deberá proseguir con el estudio de su razonabilidad.

Para confirmar la legalidad de una restricción, la Comisión debe corroborar que el acto o

(33) Véase: Decreto Ley 25868. Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de defensa de la Competencia y de la protección de la Propiedad Intelectual – Indecopi. Artículo 26 BIS.

(34) Véase: Ley 27444. Ley del Procedimiento Administrativo General, Artículo 48.

(35) Véase numeral 41.

(36) Publicado el 20 de agosto de 1997 en el diario oficial El Peruano.

El que no cae, no tiene que resbalar en el Poder Judicial. Las barreras burocráticas y el procedimiento administrativo

disposición que la contiene ha sido emitido por una autoridad competente en el marco de sus atribuciones y, además, que se ha respetado las formalidades y procedimientos establecidos para su expedición. Asimismo, en este nivel de análisis se deberá confrontar la barrera burocrática denunciada con el ordenamiento jurídico vigente.

Por ejemplo, para verificar la legalidad del TUPA de una Municipalidad se deberá evaluar, en primer lugar, si dicho documento compilatorio ha sido emitido por la autoridad facultada para ello y si esta no se ha excedido del marco de sus atribuciones. En segundo término, la Comisión deberá corroborar que la norma cuestionada ha respetado el procedimiento establecido para su emisión (incluida la publicación) y que además se ha utilizado el instrumento legal idóneo para su aprobación. Finalmente, se confrontará las disposiciones contenidas en dicho cuerpo normativo con el ordenamiento jurídico vigente, a efectos de garantizar que no se están imponiendo exigencias, requisitos, prohibiciones y/o cobros contrarios a ley.

De acuerdo con el precedente, acreditada la legalidad de la barrera burocrática, la Comisión evaluará su razonabilidad. Sin embargo, este segundo nivel de análisis será iniciado si el denunciante ha aportado elementos de juicio acerca de la irrazonabilidad de la medida, ya sea (i) porque establece tratamientos discriminatorios, (ii) porque carece de fundamentos (medidas arbitrarias); o, (iii) porque resulta excesiva en relación a sus fines (medidas desproporcionadas).

Al respecto, cabe indicar que la Sala ha precisado que no siempre resultará necesario que el denunciante aporte indicios de irrazonabilidad para proceder con el segundo nivel de análisis, pues en algunos casos tales elementos de juicio se desprenden de anteriores pronunciamientos en los que se evaluó la razonabilidad de la misma barrera burocrática. En efecto, en el caso tramitado bajo el Expediente No. 00105-2010/CEB, la Sala evaluó la razonabilidad de la restricción de horarios de funcionamiento establecida por la Municipalidad

Distrital de Barranco en mérito a los indicios de razonabilidad presentados en otros procedimientos seguidos contra la misma medida⁽³⁷⁾. Finalmente, debe precisarse que en caso no existieran indicios de irrazonabilidad, se culminará el análisis desestimándose la denuncia (toda vez que ya quedó acreditada la legalidad de la barrera burocrática).

En cuanto al análisis de razonabilidad, corresponde indicar que éste no pretende valorar la medida cuestionada en sí misma; es decir, ni la Comisión, ni la Sala juzgan si, a su criterio, cierta imposición es correcta. En realidad, en este nivel de evaluación solo se busca examinar el proceso de emisión de la barrera burocrática, pues lo contrario implicaría suplantar las competencias de la autoridad emisora de cierta restricción⁽³⁸⁾. En ese sentido, para acreditar la razonabilidad de una medida, la entidad denunciada deberá presentar evidencias que desvirtúen algún tipo de arbitrariedad en la adopción de la política pública cuestionada.

De acuerdo con el precedente de observancia obligatoria bajo comentario, en el análisis de razonabilidad se evalúan tres rubros: (i) el interés público; (ii) la proporcionalidad de la medida; y, (iii) el descarte de opciones más gravosas. Es importante mencionar que la razonabilidad de una barrera burocrática será determinada solo si se supera estos tres sub-niveles de análisis. Es decir, basta que no se acredite uno de estos rubros para declararse fundada la denuncia.

En lo referido al interés público, la autoridad denunciada deberá acreditar dos cosas. En

(37) Este criterio fue desarrollado en la Resolución No. 0819-2011/SC1-INDECOPI del 12 de abril de 2011. Véase: numerales 22, 23 y 24.

(38) Esta interpretación ha sido desarrollada en el Informe 011-2009/ST-SC1-INDECOPI elaborado por Enrique Pasquel Rodríguez, en su calidad de Secretario Técnico de la Sala de Defensa de la Competencia N° 1 (Informe por publicar). Asimismo, dicho criterio ha sido recogido por la Sala en diversos pronunciamientos, como, por ejemplo, la Resolución No. 3242-2010/SC1-INDECOPI del 16 de diciembre de 2010.



Juan Luis Avendaño Valdez y Fiorella Zumaeta Castro

primer lugar, que existe un problema de interés general que debe ser solucionado; y, en segundo lugar, que la limitación implementada es idónea para tutelar el interés público afectado con el problema detectado. En relación con este nivel de análisis, la Sala ha declarado barrera burocrática carente de razonabilidad la exigencia de contar con un número máximo de mototaxis por empresa, como una medida para mitigar el problema de la saturación vial. En la Resolución No. 1458-2009/SC1-INDECOPI⁽³⁹⁾, el colegiado indicó que la municipalidad denunciada no acreditó la idoneidad de su medida, pues en aplicación de su ordenanza la saturación vial dependía de 2 factores: (i) el número de vehículos por empresa; y; (ii) el número de empresas en el mercado; siendo que la municipalidad no había regulado el segundo punto. En ese sentido, la Sala explicó que con independencia del número de unidades por empresa el problema de congestión persistiría en tanto existiera un excesivo número de empresas en el mercado.

Sobre la proporcionalidad de la medida, la entidad que impuso la barrera burocrática deberá demostrar que antes de adoptar dicha política pública evaluó los costos y beneficios derivados de su implementación. Como fue mencionado, en este nivel de análisis el Indecopi no verificará si a su criterio una medida impone más costos que beneficios, sino que deberá corroborar que la autoridad emisora de la regulación ponderó las ventajas y los contras de su decisión.

Finalmente, para superar el tercer nivel de análisis, la autoridad denunciada deberá demostrar que antes de adoptar la medida cuestionada evaluó otras alternativas que tutelaban el interés público y que las descartó porque imponían mayores cargas a los agentes económicos. Es decir, en este grado corresponde acreditar el análisis y descarte de otras políticas públicas idóneas para tutelar el interés público comprometido. Si la autoridad logra demostrar que superó este tercer filtro, entonces habrá acreditado la razonabilidad de la barrera burocrática denunciada.

2.9. ¿Qué materias pueden ser tramitadas ante la Comisión?

Como se ha indicado a lo largo del presente artículo, en general, la Comisión evalúa las barreras burocráticas que puedan ser impuestas por la Administración Pública mediante actos o

disposiciones, siempre que estas restricciones afecten el acceso o la permanencia en el mercado de los agentes económicos.

Sin perjuicio de esta amplia competencia (pues es aplicable a todo sector económico salvo disposición en contrario) algunas normas han facultado expresamente a la Comisión para eliminar las trabas burocráticas que podrían presentarse en la aplicación de tales disposiciones. Reiterando lo señalado en el acápite referido a la entidad encargada de la tramitación del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas, procederemos a efectuar una lista ejemplificativa (mas no taxativa) de las materias que pueden ser denunciadas en el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas.

2.10. Tributos municipales

De acuerdo con el artículo 61 del Decreto Legislativo 776, la Comisión es competente para verificar que las municipalidades no impongan tasas o contribuciones que graven la entrada, salida o tránsito de personas, bienes, mercadería, productos y animales en el territorio nacional o que limiten el libre acceso al mercado. Los tributos más denunciados son los derechos de tramitación y los arbitrios.

En lo referido a los derechos de tramitación, la Comisión verifica, entre otras cosas, el cumplimiento de las disposiciones contenidas en el artículo 70 del Decreto Legislativo 776; por ejemplo, que la cuantía de dicha tasa no exceda los costos en los que incurre el gobierno local para la tramitación de un determinado procedimiento. Asimismo, evalúa el instrumento que aprobó dicho tributo, las formalidades seguidas para su emisión y las competencias de la autoridad que aprobó tal tasa.

(39) Emitida el 9 de diciembre de 2009 en el marco del procedimiento iniciado por la Federación de Transportistas en Vehículos Menores del Distrito de El Agustino contra la Municipalidad Distrital de El Agustino.

El que no cae, no tiene que resbalar en el Poder Judicial. Las barreras burocráticas y el procedimiento administrativo

En relación con los arbitrios, la Comisión verifica el cumplimiento de los artículos 69, 69-A y 69-B y las reglas de observancia obligatoria establecidas por el Tribunal Constitucional al respecto. Básicamente, se revisa el procedimiento de emisión de tales tributos; por ejemplo, los plazos de publicación, la ratificación (si resultara necesario) y la difusión del contenido exigido por ley. Asimismo, se corrobora que la fórmula de cálculo se base en criterios razonables; esto es, relacionados al servicio prestado (por ejemplo, utilizar la longitud del frontis de un predio para calcular el arbitrio por barrido de calles o la peligrosidad de la zona para la tasa correspondiente a serenazgo).

Cabe indicar que la labor de la Comisión no es fiscalizar si un arbitrio es oneroso, si los costos se encuentran sobrevalorados, si los incrementos no están debidamente justificados, o si la municipalidad viene prestando los servicios públicos que originan el pago del arbitrio, pues ello es competencia de la municipalidades provinciales (en el caso de arbitrios establecidos por municipalidad distritales) o de la Contraloría General de la República, según corresponda⁽⁴⁰⁾. Asimismo, debe precisarse que el Indecopi tampoco cuenta con facultades para evaluar la correcta determinación de un tributo, en la medida que dicha materia es controvertida ante la autoridad y luego en el proceso contencioso-tributario.

2.11. Derechos de tramitación

Del mismo modo, se cuestionan las barreras burocráticas contenidas en las tasas por derecho de tramitación establecidas por otras entidades de la Administración Pública. Tal como en los derechos de tramitación impuestos por las municipalidades, en estos casos se evalúa el procedimiento de aprobación y publicación del tributo y que su cuantía no sea superior al costo de los servicios brindados. Sobre el particular, la Sala ha sido enfática al señalar que las tasas deben cubrir únicamente los servicios individualizados a favor del contribuyente y, en ese sentido, ha declarado ilegal la aplicación del sistema de subsidios cruzados, por el que se traslada una mayor carga contributiva a los administrados

con una mayor capacidad económica a efectos de financiar los servicios prestados a los contribuyentes con menores recursos. Este criterio ha sido desarrollado en el Expediente No. 017-2007/CAM, en el que se cuestionó las tasas impuestas por el entonces denominado CONSUCODE para la inscripción en el registro nacional de proveedores⁽⁴¹⁾.

2.12. Licencias de Funcionamiento

Por otra parte, la Comisión evalúa las barreras burocráticas impuestas en los procedimientos de otorgamiento de licencias de funcionamiento. En líneas generales, el colegiado verifica que las entidades no exijan requisitos mayores a aquellos establecidos en la Ley 28976, Ley Marco de Licencia de Funcionamiento. Una típica barrera burocrática ilegal identificada en este rubro es el requerimiento de acreditar la posesión legítima del inmueble en el que se pretende desarrollar una actividad económica, para obtener una licencia de funcionamiento. De acuerdo con diversos pronunciamientos de la Comisión y la Sala⁽⁴²⁾, esta exigencia vulnera los artículos 6 y 7 de la Ley 28976, que limitan la documentación máxima exigible y los aspectos que se deben evaluar antes de otorgar un título habilitante.

2.13. Telecomunicaciones

Asimismo, en el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas se cuestionan los cobros vinculados al uso de las áreas y bienes de dominio público de propiedad del estado (incluidos el suelo, subsuelo y aires), para el despliegue, mejoramiento o mantenimiento de infraestructura necesaria para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, pues ellos vulneran lo dispuesto por la Ley

(40) Este criterio ha sido recogido en múltiples pronunciamientos. Por ejemplo, en la Resolución No. 2018-2010/SC1-INDECOPI del 8 de julio de 2010, la Sala desestimó el cuestionamiento al presunto incremento indebido de arbitrios y a la supuesta falta de prestación de los servicios públicos comprometidos, señalando que tales materias eran competencia de otras autoridades.

(41) Al respecto, ver la Resolución No. 0770-2008/SC1-INDECOPI del 17 de abril de 2008. Asimismo, este razonamiento fue aplicado en la Resolución No. 0119-2010/SC1-INDECOPI del 28 de mayo de 2010.

(42) Véase, por ejemplo, la Resolución No. 3166-2010/SC1-INDECOPI del 6 de diciembre de 2010.



Juan Luis Avendaño Valdez y Fiorella Zumaeta Castro

29022, Ley para la Expansión de Infraestructura en cobro en infraestructura y Telecomunicaciones y el Decreto Legislativo 1014.

2.14. Simplificación Administrativa

Adicionalmente, la Comisión evalúa la vulneración de los principios de simplificación administrativa. Las típicas barreras burocráticas denunciadas en este rubro son el desconocimiento de la aplicación del silencio administrativo positivo, por el que se confiere derechos de manera ficta, en mérito a la falta de pronunciamiento por parte de la autoridad en el plazo legal. Para analizar este tipo de trabas, la Sala aplica las disposiciones contenidas en la Ley 29060 - Ley del Silencio Administrativo y el Informe Defensorial 145, elaborado por la Defensoría del Pueblo en septiembre de 2009, que analiza los aspectos normativos relativos a la aplicación del silencio administrativo⁽⁴³⁾.

2.15. Revocación de derechos

Otra materia sometida a la competencia de la Comisión, particularmente interesante, es la revocación de actos administrativos. En este tipo de denuncias se cuestiona el desconocimiento de los derechos conferidos previamente por un título habilitante (por ejemplo, una licencia de funcionamiento) sin haber seguido el procedimiento regular establecido por los artículos 203 y 205 de la Ley 27444. Un ejemplo de esta barrera burocrática es la prohibición de circular por ciertas rutas pese a que se cuenta con una autorización para efectuar tal recorrido. La ilegalidad de esta conducta radica en que materialmente se está revocando la licencia otorgada al particular sin: (i) que exista una causal de revocación; (ii) que se garantice el derecho de defensa; (iii) se otorgue una indemnización; y, (iv) la revocación sea declarada por la más alta autoridad de la entidad. Cabe indicar que la modificación de las facultades originalmente otorgadas a los particulares también constituye un supuesto de revocación, en la medida que estas sean recortadas.

Al respecto, mediante precedente de observancia obligatoria aprobado por Resolución 1535-2010/SC1-INDECOPI del 3 de mayo de 2010⁽⁴⁴⁾, la Sala interpretó las siguientes reglas:

“a) El desconocimiento de derechos o intereses conferidos por un acto administrativo debe respetar los requisitos

para la revocación establecidos en los artículos 203 y 205 de la Ley 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General. La omisión de cualquiera de dichos requisitos constituye barrera burocrática ilegal.

- b) Constituyen revocaciones indirectas el impedimento o restricción del ejercicio de los derechos o intereses conferidos por un acto administrativo, sin que exista un pronunciamiento expreso desconociendo tales prerrogativas. Todas las revocaciones indirectas son ilegales, porque ello implica que la administración no siguió el procedimiento establecido en los artículos 203 y 205 de la Ley 27444.
- c) Cuando el cambio de circunstancias que origina la revocación es atribuible al propio administrado, no resulta aplicable el procedimiento de revocación regulado en los artículos 203 y 205 de la Ley 27444.
- d) En los casos que corresponda otorgar indemnización, ésta debe compensar los perjuicios económicos originados hasta la notificación al administrado de la resolución de revocación. Las inversiones efectuadas posteriormente no deben ser contempladas en la resolución de revocación como parte de la indemnización.
- e) Cuando se origine perjuicios económicos indemnizables, la resolución de revocación deberá señalar como mínimo la cuantía de la compensación y la autoridad encargada de efectuar el pago. La indemnización se paga de manera integral, en dinero en efectivo y es exigible a partir de la emisión de la resolución de revocación.”

2.16. TUPA

De otro lado, la Comisión también verifica las barreras burocráticas contenidas en los Textos Únicos de Procedimientos Administrativos de las entidades. En estos casos, el colegiado suele evaluar el procedimiento formal de aprobación

(43) Sobre el particular puede revisarse la Resolución No. 0237-2011/SC1-INDECOPI del 3 de febrero de 2011.

(44) Publicado el 3 de junio de 2010 en el diario oficial El Peruano.

El que no cae, no tiene que resbalar en el Poder Judicial. Las barreras burocráticas y el procedimiento administrativo

y publicación de dicho documento compilatorio; así como aquél correspondiente a los procedimientos y cobros que contiene. Para estos efectos, la Comisión aplica, principalmente, las disposiciones contenidas en los artículos 36 a 41 de la Ley 27444, y, según sea el caso, las normas municipales que regulan tal materia.

2.17. Suspensiones

Igualmente, otra materia denunciada ante la Comisión es la suspensión ilegal de los procedimientos administrativos. En estos casos la Comisión y la Sala han precisado que las entidades de la Administración Pública solo pueden suspender los procedimientos a su cargo en dos escenarios: (i) cuando una ley o mandato judicial expreso así lo dispone; o, (ii) cuando existe una cuestión controvertida en sede judicial que debe ser resuelta de manera previa a su pronunciamiento⁽⁴⁵⁾, siendo que las paralizaciones que no se encuentran en estos supuestos son ilegales.

2.18. Otras

Finalmente, la Comisión identifica las barreras burocráticas contenidas en las normas listadas en el artículo 26 BIS, tales como el Decreto Legislativo 283; el Decreto Legislativo 668 y el Decreto Legislativo 757.

Como fue indicado, la anterior lista resume las materias comúnmente denunciadas en el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas, pero no las únicas. Corresponde ahora precisar qué materias no pueden ser denunciadas en este procedimiento.

2.19. ¿Qué materias no pueden ser tramitadas ante la Comisión?

Debemos recordar que la labor de la Comisión no es analizar la valoración que sustenta los actos o disposiciones de la administración, o supervisar la potestad fiscalizadora ejercida en el marco de sus competencias. La tarea encomendada a la Comisión es eliminar las exigencias, requisitos, prohibiciones y/o cobros que perjudican el desarrollo de actividades económicas.

En esta línea, en múltiples pronunciamientos, la Comisión y la Sala han declarado improcedente las denuncias que cuestionan las multas impuestas por la Administración Pública (aun cuando pudiesen ser onerosas y amenazar la permanencia en el mercado de los agentes económicos), pues tales sanciones no constituyen una exigencia del Estado, sino la consecuencia del incumplimiento de exigencias previamente establecidas. Sin perjuicio de ello, la Sala ha precisado que si una multa derivara de la imposición de una exigencia ilegal y/o carente de razonabilidad, entonces sí podría ser evaluada por la Comisión como la materialización de una barrera burocrática⁽⁴⁶⁾. Lo que analiza la comisión es la exigencia misma y no las consecuencias de su incumplimiento.

Por otra parte, la Comisión tampoco está facultada para evaluar las restricciones para-arancelarias (barreras burocráticas) que afectan el comercio exterior, pues ello constituye competencia de la Comisión de Normalización y Fiscalización de Barreras Comerciales No Arancelarias, de acuerdo con lo establecido por la Ley de Organización y Funciones del Indecopi⁽⁴⁷⁾. Al respecto, mediante Resolución No. 0007-2011/CEB-INDECOPI del 13 de enero de 2011, la Comisión declaró improcedente el cuestionamiento formulado por Adidas Chile Limitada Sucursal del Perú contra la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria por la presunta imposición de barreras burocráticas para la importación de sus productos.

Asimismo, de conformidad con el Decreto Legislativo 1059 y el Decreto Supremo 018-2008-AG, la Comisión no puede evaluar las

(45) Al respecto puede verse la Resolución No. 0796-2011/SC1-INDECOPI del 6 de abril de 2011.

(46) Este criterio se encuentra contenido en la Resolución No.1023-2011/SC1-INDECOPI del 18 de mayo de 2011, entre otros pronunciamientos.

(47) Véase: Decreto Legislativo 1033. Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – Indecopi, Artículo 28.



Juan Luis Avendaño Valdez y Fiorella Zumaeta Castro

medidas fito y zoonosanitarias dictadas por la Autoridad Nacional en Sanidad Agraria (el Servicio Nacional de Sanidad Agraria - SENASA), para la prevención, el control o la erradicación de plagas y enfermedades⁽⁴⁸⁾.

Finalmente, como fue señalado en párrafos anteriores, la competencia atribuida a la Comisión no la faculta para evaluar los requisitos, exigencias, prohibiciones y/o cobros establecidos a través de disposiciones de rango legal, con excepción de las ordenanzas municipales o nomas regionales de alcance general.

3. El procedimiento de eliminación de barreras burocráticas y otras vías legales

Habiendo resumido las principales características del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas resta hacer la comparación entre sus atributos y los propios de otras vías legales, a fin de que los lectores sepan reconocer qué alternativa le resulta más conveniente en determinados casos.

3.1. El proceso contencioso administrativo

Es muy común que en los procedimientos de eliminación de barreras burocráticas, las autoridades denunciadas soliciten a la Comisión que se inhíba de conocer la causa controvertida por existir un proceso contencioso administrativo en trámite; de este modo, muchas entidades suelen equiparar ambas vías legales. Sin embargo, son contados los casos en los que la Comisión o la Sala han suspendido la tramitación del procedimiento, pues ambos procedimientos guardan marcadas diferencias.

En primer lugar, el objeto es distinto. Así en un procedimiento de eliminación de barreras burocráticas se cuestionan actos y *disposiciones*, siendo que en el proceso contencioso administrativo no se impugnan las normas de alcance general, sino los actos administrativos, las actuaciones de la administración positivas y omisivas y los silencios, entre otros⁽⁴⁹⁾.

Por otra parte, el petitorio no es el mismo. Mientras que en el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas se solicita la *inaplicación* de la exigencia, requisito, prohibición y/o cobro contenido en el acto administrativo; en el proceso contencioso administrativo se pide la *nullidad o ineficacia* del acto administrativo cuestionado⁽⁵⁰⁾ de modo que sale del ordenamiento jurídico y, adicionalmente, se puede solicitar una *indemnización*⁽⁵¹⁾.

Asimismo, los fundamentos que puedan emplearse en dichas vías son distintos ya que en un proceso contencioso administrativo puede cuestionarse la motivación de un acto administrativo, no ocurriendo lo mismo en un procedimiento de eliminación de barreras burocráticas, en la medida que la Comisión no es una instancia revisora.

En cuanto a la caducidad de la acción, un proceso contencioso administrativo se puede iniciar hasta tres (3) meses después de haberse notificado el acto administrativo o hasta seis (6) meses luego de haberse producido el silencio administrativo⁽⁵²⁾, siendo que el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas no tiene un límite temporal establecido. Este procedimiento puede ser iniciado en cualquier momento, basta que se mantenga vigente la exigencia, requisito, prohibición y/o cobro que afecta el desarrollo de actividades económicas.

En lo referido a los requisitos de procedencia, para interponer una demanda contencioso administrativa, es necesario haber agotado la vía administrativa, (salvo que el denunciante sea un

(48) Véase: Decreto Legislativo 1059. Ley General de Sanidad Agraria. Disposiciones Complementarias Finales. Sexta.

(49) Véase: Ley 27584. Ley del Proceso Contencioso Administrativo. Artículo 4.

(50) Véase: Ley 27584. Ley del Proceso Contencioso Administrativo. Artículo 5.

(51) Véase: Ley 27584. Ley del Proceso Contencioso Administrativo. Artículo 26.

(52) Véase: Ley 27584. Ley del Proceso Contencioso Administrativo. Artículo 17.

El que no cae, no tiene que resbalar en el Poder Judicial. Las barreras burocráticas y el procedimiento administrativo

tercero ajeno al procedimiento)⁽⁵³⁾; no obstante, este agotamiento no es un presupuesto necesario para iniciar un procedimiento de eliminación de barreras burocráticas.

De otro lado, el proceso contencioso administrativo puede ser tramitado como un proceso sumarísimo o un proceso abreviado con las particularidades que, pudiendo llegar, incluso a la corte suprema; mientras que el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas, sea cual fuere la materia, se tramita en un plazo no mayor a ciento veinte (120) días hábiles por instancia⁽⁵⁴⁾.

Adicionalmente, los efectos de un proceso contencioso administrativo pueden abarcar la nulidad del acto administrativo cuestionado⁽⁵⁵⁾, siendo que en el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas únicamente se dispone la inaplicación de la exigencia, requisito, prohibición y/o cobro impuesto, si el caso es iniciado a pedido de parte⁽⁵⁶⁾.

Finalmente, en un proceso contencioso administrativo se analiza, básicamente, la legalidad del acto cuestionado, mientras que en el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas se evalúa la legalidad y la *razonabilidad* de la barrera burocrática denunciada.

3.2. El proceso de amparo

De las características mencionadas en el segundo acápite se advierte que, en algunos escenarios, el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas podría reemplazar el inicio de un proceso de amparo; no obstante, somos conscientes que la elección de una u otra vía dependerá finalmente de las particularidades de cada caso. Así, para facilitar esta decisión, a continuación enlistaremos algunas diferencias entre ambos.

Partiendo por su finalidad encontramos que, de acuerdo con lo establecido por el artículo 1 del Código Procesal

Constitucional⁽⁵⁷⁾, el proceso de amparo tiene como fin esencial garantizar la *vigencia efectiva de los derechos constitucionales* y reponer las cosas al estado anterior a la violación; empero, el objetivo del procedimiento tramitado ante el Indecopi es la *eliminación de las barreras burocráticas* que afectan el desarrollo de actividades económicas, sin perjuicio de que indirectamente se proteja el derecho a la libre iniciativa privada.

En línea con lo anterior, la pretensión en un proceso de amparo contiene fundamentos jurídicos que necesariamente hacen referencia a una violación constitucional, siendo que en el procedimiento administrativo seguido ante Indecopi tales fundamentos aluden a una vulneración infraconstitucional, pues se cuestiona la legalidad y/o razonabilidad de los actos y disposiciones que contendrían barreras burocráticas.

Por otra parte, el proceso de amparo constituye una vía extraordinaria de urgencia y, en ese sentido, condiciona la procedencia de una demanda a los siguientes presupuestos: (i) que no existan vías procedimentales específicas o igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado; (ii) que el agraviado no haya recurrido previamente a otro proceso judicial para pedir tutela respecto de su derecho constitucional; (iii) que se hayan agotado las vías previas⁽⁵⁸⁾, salvo en los casos previstos por el Código Procesal Constitucional; y, (iv) que no haya vencido el plazo para interponer la

(53) Véase: Ley 27584. Ley del Proceso Contencioso Administrativo. Artículo 18.

(54) Las instancias involucradas son la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas y la Sala de Defensa de la Competencia No. 1.

(55) Véase: Ley 27584. Ley del Proceso Contencioso Administrativo. Artículo 38.

(56) Como fue mencionado en el acápite anterior, los efectos de un procedimiento iniciado de oficio dependen del rango de la disposición. Si es una norma con rango infralegal, el Indecopi puede interponer una acción popular, siendo que si se trata de una ordenanza municipal u otra norma regional de alcance general se remitirán los actuados a la Defensoría del Pueblo para que analice la posibilidad de interponer una demanda de inconstitucionalidad.

(57) Véase: Ley 28237. Código Procesal Constitucional. Artículo 1.

(58) Las excepciones están contempladas en el artículo 46 del Código Procesal Constitucional.



Juan Luis Avendaño Valdez y Fiorella Zumaeta Castro

demanda⁽⁵⁹⁾. En cambio el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas, al ser una vía ordinaria, no impone tales requisitos de procedencia. En efecto, aun existiendo otras vías idóneas para satisfacer un derecho (como podría ser un proceso contencioso administrativo), habiendo recurrido previamente a otros procesos, o no habiendo agotado la vía administrativa, un agente económico puede iniciar un procedimiento de eliminación de barreras burocráticas ante la Comisión⁽⁶⁰⁾.

En cuanto a las materias cuestionables, en los procesos de amparo se puede objetar la vulneración de derechos materializada en resoluciones judiciales (firmes y con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva)⁽⁶¹⁾; no obstante, en el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas solo se puede cuestionar los actos y disposiciones de las entidades de la Administración Pública, lo que no incluye los pronunciamientos emanados por el Poder Judicial.

En lo referido a los plazos de prescripción, la demanda de amparo puede ser interpuesta hasta los sesenta (60) días hábiles de producida la afectación (siempre que el afectado hubiese tenido conocimiento del acto lesivo y se hubiese hallado en posibilidad de interponer la demanda) o desde el momento de la remoción del impedimento para interponer una demanda⁽⁶²⁾. Sin embargo, como se señaló anteriormente, el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas no tiene un plazo fijo establecido, siendo que los particulares podrán cuestionar la imposición de una barrera burocrática siempre que esta se encuentre afectando su acceso o permanencia en el mercado.

De otro lado, los efectos de ambas vías son distintos. Así, una sentencia que declara fundada la demanda de

amparo puede declarar la nulidad del acto cuestionado, siendo que en los procedimientos de eliminación de barreras burocráticas, los efectos de una resolución estimatoria del petitorio solo implican la inoponibilidad de dicho acto a las partes del procedimiento. Asimismo, una sentencia emitida en un proceso de amparo implica la restitución o restablecimiento del agraviado en el pleno goce de sus derechos constitucionales, ya que en esta vía la autoridad ordena que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la violación⁽⁶³⁾. En cambio, el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas no tiene efectos retroactivos sino que a partir del pronunciamiento no se aplica la barrera burocrática identificada en el procedimiento.

Adicionalmente, en los procesos de amparo se puede ordenar a la autoridad infractora que pague los costos incurridos por el demandante⁽⁶⁴⁾; no obstante, ello no ocurre en los procedimientos de eliminación de barreras burocráticas, en los que se ha exonerado de dicha carga a las entidades de la Administración Pública, en aplicación de la Constitución Política del Perú y el Código Procesal Civil⁽⁶⁵⁾.

Finalmente, las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en el marco de un proceso de amparo son inimpugnables (dejando a salvo el derecho de recurrir a tribunales u organismos internacionales)

(59) Véase: Ley 28237. Código Procesal Constitucional. Artículo 5.

(60) Sobre el particular puede revisarse la Resolución No. 2403-2007/TDC-INDECOPI del 28 de noviembre de 2007, en la que la Sala desestimó a la falta de agotamiento de la vía administrativa como un presupuesto para iniciar un procedimiento de eliminación de barreras burocráticas.

(61) Véase: Ley 28237. Código Procesal Constitucional, Artículo 4.

(62) Véase: Ley 28237. Código Procesal Constitucional. Artículo 44.

(63) Véase: Ley 28237. Código Procesal Constitucional. Artículo 55.

(64) Véase: Ley 28237. Código Procesal Constitucional. Artículo 56.

(65) En relación con este tema, puede revisarse la Resolución 3241-2010/SC1-INDECOPI del 16 de diciembre de 2010, en la que la Sala desestimó el pedido del pago de costas y costos formulado por Desarrollo de Proyectos Mineros y Construcción S.R.L. contra el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.

(66) Véase: Ley 28237. Código Procesal Constitucional. Artículo 121.

El que no cae, no tiene que resbalar en el Poder Judicial. Las barreras burocráticas y el procedimiento administrativo

⁽⁶⁶⁾, mientras que los pronunciamientos emitidos por la Sala de Defensa de la Competencia No.1, con motivo de un procedimiento de eliminación de barreras burocráticas sí pueden ser impugnables ante el Poder Judicial, a través de un proceso contencioso administrativo⁽⁶⁷⁾.

3.3. El proceso de acción popular

A través de un proceso de acción popular se puede cuestionar la legalidad de las normas con un rango inferior⁽⁶⁸⁾, siendo que, al igual que el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas, la demanda puede ser presentada por cualquier ciudadano; es decir, no existe una legitimación activa especial⁽⁶⁹⁾.

Así, a primera vista, el proceso de acción popular es una vía que comparte importantes atributos con el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas; sin embargo, existen ciertos aspectos que podrían tornarlo un tanto menos atractivo que el procedimiento tramitado ante el Indecopi. En efecto, el proceso de acción popular solo puede ser iniciado hasta transcurrido cinco (5) años desde el día siguiente de la publicación de la norma que se cuestiona⁽⁷⁰⁾. Es decir, la demanda de acción popular se encuentra sujeta a un plazo de prescripción.

Por otra parte, es importante tener en cuenta que en un proceso de acción popular no se puede solicitar una medida cautelar sino hasta obtener la sentencia estimatoria de primer grado⁽⁷¹⁾, mientras que en el procedimiento de eliminación de barreras las cautelares pueden ser otorgadas incluso en la resolución que admite a trámite la denuncia, asegurando la eficacia del fallo final desde interpuesta la denuncia administrativa.

Finalmente, debemos traer a colación que en los procesos de acción popular las sentencias estimatorias de la demanda son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la

Corte Suprema aun cuando no hubiesen sido apelados. De este modo, sabemos de antemano que un proceso favorable para el demandante siempre tendrá dos instancias. En cambio, en la vía administrativa las resoluciones emitidas por la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas solo son elevadas al superior jerárquico en la medida que sean apeladas⁽⁷²⁾.

Cabe reconocer que tal como en el proceso de amparo, las sentencias emitidas en los procesos de acción popular tienen efectos retroactivos⁽⁷³⁾ y de ser amparada la pretensión se permite el pago de costos a cargo del Estado⁽⁷⁴⁾. Asimismo, es importante indicar que al igual que el proceso de inconstitucionalidad, la sentencia emitida en este proceso produce efectos generales y vincula a todos los poderes públicos⁽⁷⁵⁾.

3.4. El proceso de inconstitucionalidad

Si bien el proceso de inconstitucionalidad no es tramitado ante el Poder Judicial, lo hemos incluido en el presente artículo, pues comparte algunas características con el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas y, en ese sentido, en ciertos escenarios podría ser sustituido implicando menores costos a los particulares. En concreto, el punto en común que comparten ambos fueros es el cuestionamiento de ordenanzas municipales u otras normas regionales de carácter general.

Por un lado, iniciar un procedimiento de eliminación de barreras burocráticas es más sencillo que interponer una demanda

(67) Véase: Ley 27444. Ley del Procedimiento Administrativo General. Artículo 218.

(68) Véase: Ley 28237. Código Procesal Constitucional. Artículo 76.

(69) Véase: Ley 28237. Código Procesal Constitucional. Artículo 84.

(70) Véase: Ley 28237. Código Procesal Constitucional. Artículo 87.

(71) Véase: Ley 28237. Código Procesal Constitucional. Artículo 94.

(72) Excepcionalmente, la Comisión podría elevar de oficio la resolución de primera instancia si considerara que este pronunciamiento contiene un vicio de nulidad. Ello, en aplicación del artículo 202 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

(73) Véase: Ley 28237. Código Procesal Constitucional. Artículo 81.

(74) Véase: Ley 28237. Código Procesal Constitucional. Artículo 97.

(75) Véase: Ley 28237. Código Procesal Constitucional. Artículo 82.



Juan Luis Avendaño Valdez y Fiorella Zumaeta Castro

de inconstitucionalidad. Como se señaló anteriormente, un procedimiento ante Indecopi puede ser iniciado por cualquier agente económico que resultara afectado con una barrera burocrática contenida en una norma municipal o regional. Sin embargo, para cuestionar tales normas en la vía constitucional, será necesario que su demanda sea suscrita por 5000 ciudadanos o por el 1% de los habitantes del ámbito territorial en el que se aplica la disposición controvertida⁽⁷⁶⁾.

De otro lado, el proceso de inconstitucionalidad se encuentra sujeto a plazos prescriptivos. Así, de acuerdo con el artículo 100 del Código Procesal Constitucional, la demanda de inconstitucionalidad debe interponerse dentro del plazo de seis años contado a partir de su publicación, siendo que vencido dicho plazo prescribe la pretensión⁽⁷⁷⁾.

Asimismo, en un proceso de inconstitucionalidad se puede declarar la improcedencia liminar cuando se hubiera desestimado previamente una demanda sustancialmente igual en cuanto al fondo. No obstante, ello no sucede en los procedimientos de eliminación de barreras burocráticas porque los pronunciamientos que emite el Indecopi al respecto no tienen efectos generales, ni son vinculantes a otros agentes económicos⁽⁷⁸⁾. En efecto, podría suceder que una denuncia respecto de una determinada ordenanza haya sido declarada infundada al no haberse vulnerado el ordenamiento legal, pero que en un posterior procedimiento otro agente económico presente indicios de irrazonabilidad de la medida que permita amparar la pretensión, al no haberse superado el segundo filtro de análisis. Debe recordarse que la realización del análisis de razonabilidad de una disposición dependerá de los elementos de juicio aportados en cada caso.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que en los procesos de inconstitucionalidad no se pueden dictar medidas cautelares⁽⁷⁹⁾, contrariamente a lo que sucede durante la tramitación de un procedimiento de eliminación de barreras burocráticas. Sin perjuicio de lo anterior, cabe indicar que los principales beneficios de la vía constitucional frente al

procedimiento administrativo de eliminación de barreras burocráticas radican en los efectos del pronunciamiento que ampara la pretensión.

Así, al igual que en la demanda de acción popular, la sentencia estimatoria no solo abarca las normas denunciadas, sino también aquellas conexas, siendo tal pronunciamiento de alcance general, por lo que es oponible incluso a los agentes económicos que no intervinieron en el proceso. Es decir, una consecuencia del proceso de inconstitucionalidad es la derogación de la norma cuestionada del ordenamiento jurídico⁽⁸⁰⁾.

4. Conclusiones

La primera conclusión que salta a la vista es que el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas constituye una herramienta bastante útil y de un bajo costo. Esperamos que con la publicación de este artículo, más particulares se inclinen por su uso.

En efecto, será más eficiente este procedimiento administrativo tramitado ante Indecopi si: (i) ha transcurrido más de tres (3) meses desde que se tomó conocimiento del acto administrativo que impone barreras burocráticas; (ii) no se ha agotado la vía administrativa; (iii) la barrera se encuentra contenida en una disposición de alcance general; o, (iv) se busca cuestionar la razonabilidad de la exigencia, requisito, prohibición y/o cobro de impuesto. No obstante, será más conveniente utilizar la vía contencioso administrativa si se busca: (i) declarar la nulidad de un acto administrativo;

(76) Véase: Constitución Política del Perú. Artículo 203.

(77) Véase: Ley 28237. Código Procesal Constitucional. Artículo 100.

(78) Véase: Ley 28237. Código Procesal Constitucional, Artículo 104.

(79) Véase: Ley 28237. Código Procesal Constitucional, Artículo 105.

(80) Véase: Ley 28237. Código Procesal Constitucional, Artículo 78.

El que no cae, no tiene que resbalar en el Poder Judicial. Las barreras burocráticas y el procedimiento administrativo


(ii) obtener una indemnización; (iii) cuestionar la motivación de un acto administrativo; o, (iv) cuestionar la imposición de una multa.

Por otra parte, en cuanto a la elección entre un proceso de amparo y uno administrativo ante Indecopi, podemos considerar más atractiva esta segunda opción cuando: (i) existan vías específicas para tutelar el derecho y no se desea acudir a ellas; (ii) no se haya agotado la vía administrativa previamente; (iii) se haya recurrido previamente sin éxito a un proceso judicial; o, (iv) hayan transcurrido más de sesenta días hábiles desde que se produjo la afectación. Sin embargo, cuando los agentes económicos busquen la restitución o el restablecimiento en el pleno goce de sus derechos constitucionales o pretendan cuestionar las exigencias impuestas a través de un mandato judicial, la vía idónea será el proceso de amparo.

En cuanto a la relación entre el proceso de acción popular y el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas creemos que puede ser más conveniente optar por la vía administrativa siempre que: (i) se busque

cuestionar exigencias impuestas por disposiciones cuya publicación fue efectuada en un plazo mayor a cinco años; (ii) se pretenda solicitar una medida cautelar al interponer el reclamo; o, (iii) se busque un pronunciamiento firme en un menor plazo⁽⁸¹⁾. Empero, será mejor utilizar el proceso de acción popular cuando se busquen efectos generales y retroactivos.

Finalmente, consideramos que será viable emplear el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas en lugar del proceso de inconstitucionalidad cuando: (i) sea difícil contar con 5000 ciudadanos o el 1% de los habitantes del ámbito territorial en el que se aplica la disposición controvertida; (ii) haya transcurrido más de seis años de publicada la norma; (iii) cuando exista un proceso constitucional anterior que haya desestimado una demanda sustancialmente igual en cuanto al fondo; o, (iv) se pretenda la emisión de una medida cautelar. Sin embargo, será preferible elegir la vía constitucional cuando se pretenda obtener la derogación de la disposición.

Es importante tener en cuenta que no existe una fórmula exacta que permita decidir cuándo es más conveniente optar por el sistema de eliminación de barreras burocráticas o por el Poder Judicial. La elección variará caso por caso, dependiendo de las particularidades de cada situación, pero debe quedar claro que la opción del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas en ciertas situaciones es pertinente, útil y conveniente. 

(81) Pues las sentencias que amparan una demanda son elevados a la Constitucional y Social de la Corte Suprema aun cuando no se hubiesen apelado.