

EL CONTROL DE LOS ORGANISMOS REGULADORES: DEL RÉGIMEN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS A LA REVISIÓN JUDICIAL

OVERSIGHTING THE REGULATORY AGENCIES: FROM THE REGIME OF BUREAUCRATIC BARRIERS TO JUDICIAL REVIEW

Sebastian Gamarra Abarca*
Asociado Principal en Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados

Within the framework of administrative claims, the article analyzes the interactions between the resolution bodies of Indecopi (Commission for the Elimination of Bureaucratic Barriers and the Specialized Chamber for the Elimination of Bureaucratic Barriers) and the regulatory agencies, in order to identify the main limitations of the administrative jurisdiction, which come, among others, from the provisions of Legislative Decree 1256 and the jurisprudence of Indecopi.

This situation generates control gaps that, in turn, result in the lack of protection of the citizens. To better illustrate this scenario, a historical overview of the Peruvian institutions involved is carried out, leading to a detailed review of the applicable regulations and jurisprudence. Finally, it concludes with the proposal of possible alternatives for improvement, emphasizing the revitalization of the Judicial Branch possible alternatives for improvement.

KEYWORDS: Administrative claims; resolution bodies of Indecopi; elimination of bureaucratic barriers; limitations of administrative jurisdiction; judiciary.

En el marco de las denuncias administrativas, el artículo analiza las interacciones entre los órganos resolutivos del Indecopi (Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas y Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas) y los organismos reguladores, a fin de identificar las principales limitaciones de la jurisdicción administrativa, las cuales se derivan, entre otras, de las disposiciones del Decreto Legislativo 1256 y la jurisprudencia del Indecopi.

Dicha situación genera vacíos de control que, a su vez, resultan en la desprotección para los administrados. Para ilustrar mejor este escenario, se realiza un recorrido histórico de las instituciones peruanas implicadas, hasta llegar a una revisión detallada de la normativa y jurisprudencia aplicable. Finalmente, se concluye con la propuesta de posibles alternativas de mejora, haciendo énfasis en la revitalización del Poder Judicial.

PALABRAS CLAVE: Denuncias administrativas; órganos resolutivos del Indecopi; eliminación de barreras burocráticas; limitaciones de la jurisdicción administrativa; Poder Judicial.

* Abogado. Máster en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Chicago. Asociado Principal en Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados (Lima, Perú). Código ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-1109-0230>. Contacto: sga@prcp.com.pe

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 03 de mayo de 2025, y aceptado por el mismo el 06 de junio de 2025.

I. INTRODUCCIÓN

Aunque no se trate de un dogma, es posible asumir que ciertos remedios normativos ante problemas estructurales no son siempre la respuesta óptima en el largo plazo¹. Una decisión, que incluso sin plantearse resulta transitoria, puede encerrar grietas que tarde o temprano se manifiestan, creando una contingencia adicional sobre la marcha².

Desde hace más de 30 años el sistema de eliminación de barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad conducido por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, Indecopi) se ha convertido en una pieza esencial en el control de los actos de las entidades de la Administración Pública en Perú. Reconocido positivamente, y con razón, este sistema de evaluación administrativa de legalidad y arbitrariedad se ha erigido como una alternativa a los ordinarios procesos de control judicial, siendo una vía que permite tutelar derechos económicos de una manera más expeditiva y, en algunos casos, eficaz³.

No obstante, la propia jurisprudencia de la Comisión de Eliminación Barreras Burocráticas (en adelante, CEB) y la Sala de Eliminación de Barreras Burocráticas (en adelante, SEL) ha evidenciado con el tiempo límites en el sistema, algunos de los cuales no están relacionados con aspectos formales o criterios resolutivos específicos, sino que son inherentes a las características propias de la jurisdicción administrativa, que en muchos aspectos es

apenas un sustituto imperfecto del Poder Judicial. Estos límites han sido particularmente notorios al tratar de aplicarse mecanismos de control sobre los actos, actuaciones, omisiones y disposiciones normativas emitidas por los organismos reguladores de servicios públicos⁴.

El propósito de este trabajo es analizar recientes interacciones, en el marco de procedimientos de denuncias administrativas, entre los organismos reguladores⁵ y los órganos resolutivos de barreras burocráticas del Indecopi, a fin de identificar escenarios en los que la falta de un control judicial real genera un vacío de protección que no puede —ni, idealmente, debe— ser abordado por un tribunal administrativo. Ante ello, conviene considerar reformas o herramientas adicionales que, sin negar el enorme impacto favorable del sistema de eliminación de barreras burocráticas, contribuyan a que la jurisdicción ordinaria asuma en mayor medida la revisión directa de las medidas emitidas por los organismos reguladores y otras entidades públicas con facultades similares.

II. EL MODELO TRADICIONAL: EL CONTROL JUDICIAL DE LAS AGENCIAS REGULADORAS

Uno de los grandes retos de los sistemas jurídicos occidentales ha sido la permanente búsqueda de estrategias e instituciones que ayuden a mantener la vigencia de los derechos y garantías constitucionales y legales en el ejercicio de las funciones administrativas. Es así como el Poder Judicial surge como el revisor idóneo de las actuaciones de las entidades del Poder Ejecutivo⁶.

¹ Establecer lo óptimo, en el caso de una salida legal, se relaciona con la creación de escenarios donde la norma contribuye a asignar recursos de tal manera que se materialice la mejor situación posible (eficiencia) para un grupo de agentes dentro de un equilibrio de bienestar. No obstante, los presupuestos ideales para arribar a la eficiencia óptima (Pareto o Kaldor-Hicks) son difíciles de satisfacer, siendo la opción normativa más realista solo aproximarse hasta cierto punto a las condiciones ideales de equilibrio. Véase a Mathis (2009, p. 31).

² Parte de la lógica subyacente al análisis económico del derecho está centrada en encontrar impactos a largo plazo que desaconsejen o condicionen la aplicación de una alternativa regulatoria aparentemente más beneficiosa en un plano inmediato. Esta evaluación, no solo es inicial, sino también periódica, siendo necesario que cada cierto tiempo se evalúe el efecto global de la norma. Al respecto, véase a Organización Para la Cooperación y Desarrollo Económico [OCDE] (2012, p. 9).

³ En comparación a los procesos judiciales, los procedimientos de eliminación de barreras burocráticas están normativamente sujetos a plazos resolutivos de 120 días hábiles por cada instancia.

⁴ Bajo los alcances de la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de Servicios Públicos, existe una lista cerrada que incluye al Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (2000), al Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (en adelante, Osiptel), al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante, Osinergmin) y a la Superintendencia Nacional de Servicios y Saneamiento (en adelante, Sunass) como entidades reguladoras, entendiéndose estas como agencias independientes (basadas en el modelo británico) encargadas de establecer las condiciones de operación de las empresas prestadoras de servicios públicos (Falla, 2003, p. 170). Por supuesto, existen otras entidades públicas que tienen facultades normativas, fiscalizadoras e incluso sancionadoras, desde ministerios hasta direcciones adscritas, cuya revisión de actuaciones por parte del Indecopi también carga problemas similares a los que describiremos en este artículo.

⁵ Para algunos autores, existen diferencias conceptuales, según el modelo regulatorio del que se hable, pero con fines metodológicos en este trabajo utilizaremos los términos 'agencias reguladoras' y 'organismos reguladores' como sinónimos.

⁶ El concepto de entidad pública es variable según el ordenamiento y las fuentes, llegando a comprender en el caso peruano (Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General) no solo a las entidades pertenecientes al Poder Ejecutivo sino también a los propios órganos legislativos y judiciales (se entiende, cuando realizan funciones

¿Por qué un juez sería el mejor posicionado para revisar los actos de la Administración pública?⁷ No existe una respuesta única, aunque se asume que, en un régimen de separación de poderes, el juez genera un balance efectivo y concede mayor legitimidad —en su papel de árbitro— a las instituciones de gobierno y legislativas. En otras palabras, el juez es un agente independiente que contribuye a mantener los valores democráticos⁸ y la vigencia del Estado de Derecho⁹.

La noción del control judicial es propia tanto del *Common Law*¹⁰, donde se le denomina revisión judicial¹¹, como de los sistemas de derecho administrativo continental¹². En estos últimos, el juez es depositario de una jurisdicción contencioso-administrativa especial cuya función principal es asegurar la primacía del principio de legalidad en toda actuación administrativa¹³, la tutela judicial efectiva e inclusive la satisfacción de las pretensiones (intereses legítimos y derechos subjetivos) de los administrados¹⁴.

La jurisdicción ordinaria, vinculada a las cortes¹⁵, otorga amplios poderes a los jueces para verificar las condiciones de emisión de los actos y reglamentos, así como el ejercicio de la discrecionalidad de las entidades públicas¹⁶. A la par, los jueces son custodios del principio de interdicción de la arbitrariedad, componente esencial de su activi-

dad, que se enfoca en evitar que los funcionarios de la Administración incurran en actos ilegales, irrazonables, injustos o únicamente fundados en su voluntad¹⁷. El control judicial, al mismo tiempo, incentiva una mayor prolijidad en el deber de motivación para reducir los vicios en el procedimiento administrativo¹⁸.

Todo lo anterior es especialmente relevante cuando se revisan los actos o normas emitidas por entidades con amplios poderes de intervención sobre libertades económicas o con facultades sancionadoras. Dado que se suele considerar que la potestad de castigar es más bien propia de las cortes y no de la Administración, el control resulta aún más necesario para analizar la concreción de los presupuestos básicos del ejercicio legítimo del poder punitivo, desde el debido procedimiento y el derecho de defensa hasta las reglas de tipificación¹⁹.

Según el ordenamiento del que se trate, el juez contencioso-administrativo puede actuar como una instancia adicional que sustituya el pronunciamiento administrativo, o bien como un revisor de derecho y/o hechos²⁰. En cuanto a la oportunidad del control, en algunos ordenamientos pertenecientes al derecho administrativo continental, se privilegia el agotamiento de la vía administrativa como condición previa, sin perjuicio de otros re-

administrativas). Para tal efecto, la función administrativa es la actividad realizada por las entidades de la administración pública, incluyendo organismos reguladores, para satisfacer determinados intereses públicos y materializar medidas concretas de regulación y ordenamiento. Al respecto, véase a Hartmut (2011, p. 48).

⁷ Desde un plano objetivo, la Administración pública se define como:

[...] el conjunto de entidades y órganos que ejercen la función administrativa, esto es, aquella función estatal encargada de aplicar y cumplir las leyes (mediante su ejecución), pero también de dictar disposiciones (función de reglamentación) y de resolver reclamaciones (función de solución de controversias). (Martin, 2011, p. 104)

⁸ Esta posición no está exenta de críticas, pues suele cuestionarse la autoridad de los jueces para anular decisiones y actuaciones de órganos o funcionarios cuyo poder se deriva de elecciones populares y que, teóricamente, gozan de una mayor representatividad y legitimidad democrática (Jeremy, 2006, p. 1353).

⁹ Rose-Ackerman (1992, p. 206); Rose-Ackerman y Jordão (2014, p. 4); y Davis Noll (2021, p. 353).

¹⁰ El *Common Law* puede entenderse como "el sistema jurídico jurisprudencial y de derecho común de los países anglosajones fundado en las costumbres de los países en que se aplica" (Sánchez Maluf, 2003, p. 289).

¹¹ La revisión judicial es el proceso o poder de las cortes para analizar, y potencialmente anular, leyes y actos de gobierno que violan la Constitución y otras normas de alto rango (Huq, 2004). En algunos países como el Perú, el concepto de revisión judicial —como especie de control judicial— está más vinculado a la revisión formal de actos específicos de la Administración, concretamente, aquellos relacionados con la ejecución coactiva en el marco de la Ley 26971.

¹² Nos referimos a los sistemas alemanes y franceses, de los cuales provienen los rasgos distintivos del Derecho Administrativo peruano.

¹³ Cassagne (2016, p. 152).

¹⁴ Huapaya (2019, p. 49).

¹⁵ El término jurisdicción, tan amplio y genérico como parece, designa el poder o autoridad de una corte para conocer y resolver una determinada materia. En rigor, por tanto, el ejercicio de la función jurisdiccional suele estar ligado al Poder Judicial (Williams, 2022, p. 1719).

¹⁶ Nieto (2002, p. 529).

¹⁷ Cassagne (2016, p. 264).

¹⁸ Navarro (2017, p. 524).

¹⁹ De la Riva (2023, p. 1387).

²⁰ Laguna de Paz (2022, p. 442).

medios más inmediatos, normalmente cuando se afectan derechos constitucionales. A nivel anglosajón, modelos como el norteamericano, permiten una posibilidad casi permanente de solicitar *injunctions* o medidas cautelares para compeler a la administración y detener una orden o suspender la entrada en vigencia de un reglamento, lo cual nos coloca en muchos escenarios ante una revisión preliminar que puede anticiparse con amplitud al inicio formal de un proceso judicial²¹.

El control de los organismos o agencias reguladoras de servicios públicos encierra muchos más retos, pues el cumplimiento adecuado de sus funciones está atado a un alto grado de autonomía, especialización técnica y discrecionalidad para la toma de decisiones en materias difícilmente abordables por otras entidades públicas o el propio Poder Judicial (por ejemplo, la fijación tarifaria o la determinación de reglas de acceso)²². Pese a ello, como órganos plenos de la Administración, las agencias reguladoras no pueden estar exentas del control o revisión judicial²³.

El control sobre los reguladores se justifica, adicionalmente, por razones políticas y sociales, en tanto el Poder Judicial puede cubrir las amenazas y riesgos generados por la captura regulatoria política o empresarial²⁴. Del mismo modo, se argumenta que el control se considera necesario en una doble dimensión, ya que “el poder regulatorio es tan amplio que existe la necesidad de proteger no solo los derechos de los agentes regulados sino de los consumidores, ciudadanos, así como el interés general”²⁵.

Se ha sostenido que debería evaluarse la existencia de materias exceptuadas de control judicial, sobre todo en aspectos ampliamente técnicos cuyo conocimiento requiere de una preparación ajena a la de los profesionales legales²⁶. No obstante, las decisiones técnicas pueden ser también afectadas por actuaciones arbitrarias o irrazonables que requieran de un examen judicial comple-

mentario. No resulta, por tanto, una contradicción el otorgar competencias especializadas a las agencias reguladoras (aun con la premisa de que los jueces carecen de los mismos conocimientos técnicos²⁷) y, a la vez, imponer un control judicial, debido a que las revisiones tienen lugar idealmente sobre un porcentaje menor de casos en comparación al total de decisiones y materias abordadas por los reguladores.

Asimismo, en la actualidad se sigue una tendencia a retomar ciertos poderes judiciales en su condición de garantes ante las intervenciones de las agencias reguladoras. Desde 1986 hasta 2024, estuvo en vigencia en Estados Unidos la denominada doctrina *Chevron*, conocida también como doctrina de la deferencia en el derecho administrativo continental²⁸. Esta doctrina, que nace del caso *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.* 467 U.S. 837 (1984), señalaba que al momento de revisar una actuación o interpretación administrativa las cortes debían seguir los siguientes pasos: (i) evaluar la existencia de una previsión expresa del Congreso sobre la materia regulada, es decir, verificar si se contaba con una habilitación legal expresa o si esta resultaba ambigua (lo que concedía un grado mayor de discrecionalidad a la agencia) y (ii) evidenciada una potencial falta de previsión legal directa y siempre que la posición de la agencia fuera razonable y desprovista de arbitrariedad, dar preferencia a la posición de la agencia debido al componente político de sus actividades y a su mayor conocimiento técnico²⁹.

La doctrina *Chevron* fue durante décadas la base del derecho y el Estado Administrativo norteamericano, además de permitir una mayor libertad en las decisiones regulatorias de las agencias³⁰. Fue también el pilar sobre el que sucesivas sentencias de la Corte Suprema articularon las obligaciones y límites en el control de estas entidades³¹. Sin embargo, recientemente, la propia Corte Suprema emitió el fallo *Lopper Bright Enterprises v. Raimon-*

²¹ Berger (2017, p. 1068).

²² Martin (2016, p. 47).

²³ Esteve Pardo (2021, p. 211).

²⁴ Betancor (2010, p. 501).

²⁵ Betancor (2010, p. 501).

²⁶ Martin (2016, p. 57).

²⁷ Del Guayo (2017, p. 193).

²⁸ Pérez Alonso (2011, p. 329).

²⁹ Merrill (2022, p. 55); Rozansky (2018, p. 1927); Bamzai (2017, p. 908).

³⁰ Sunstein (2019, p. 1615).

³¹ *Auer c. Robbins*, 519 U.S. 452 (1997); *United States c. Mead Corp.*, 533 U.S. 218 (2001); *Michigan c. Env'tl. Prot. Agency*, 576 U.S. 743 (2015).

do, 603 U.S. 369 (2024), mediante el cual revocó la sentencia *Chevron* para imponer una nueva regla que, en teoría, resultase más compatible con la *Administrative Procedure Act*. A diferencia de *Chevron*, *Lopper* establece que las cortes, en los casos en que la ley sea ambigua, deben evaluar la actuación de las agencias y ejercer su propio criterio para determinar si la agencia ha actuado o no dentro de sus competencias y/o de forma razonable, abandonando al mismo tiempo la deferencia por la interpretación de la agencia.

Aunque puede resultar controversial por sus alcances³², *Lopper* impone mayores topes al poder de las agencias y evidencia que, incluso su especialización técnica y discrecionalidad, no puede estar por encima de las habilitaciones legales y las potestades judiciales de revisión. Así también, más allá de los aspectos prácticos, que aun resultan impredecibles³³, *Lopper* muestra que cada vez se hace más necesario asegurar la preeminencia de un marco legal que proteja la voluntad del legislador y los derechos individuales de los agentes afectados por las intervenciones administrativas, especialmente, cuando se trata de regulaciones que no revisten visos mínimos de razonabilidad o que incluso se distancian de la finalidad legal que ampara a la agencia.

Dicho de otro modo, la necesidad de que las agencias intervengan sobre poderes monopólicos, aseguren la protección del medio ambiente o salvaguarden los derechos de información de los consumidores (fines legítimos y deseables en un Estado democrático o una economía social de mercado) no concede una carta blanca para actuar sin una debida revisión que asegure el equilibrio de poderes y la seguridad jurídica.

¿Es posible que el control sobre las agencias u organismos reguladores provenga de la propia Administración? Si bien es común que diversas entidades públicas o agencias ejerzan facultades sancionadoras, en algunos casos reservadas para el Poder Judicial (por ejemplo, en materia de libre competencia), o incluso la solución de controversias³⁴, es menos usual que una entidad de la propia Administración controle la legalidad o arbitrariedad de las decisiones de otras entidades públicas.

Lo cierto es que, como sostiene Montaña, la teoría admite la existencia de entidades públicas que pueden incorporar funciones jurisdiccionales de control sobre otras entidades de la Administración. La entidad pública más conocida en este aspecto es el Consejo de Estado francés que usualmente se considera como un modelo a seguir por haber contribuido a la creación de múltiples instituciones administrativas francesas, calificadas hoy como puntales de eficiencia³⁵.

El éxito del control judicial desde la Administración depende, sin embargo, de la independencia entre la entidad revisora y la entidad juzgada, además del prestigio y solidez que debe poseer la entidad revisora, los cuales justifiquen el sometimiento de las otras entidades a su jurisdicción³⁶.

Es decir, la existencia de una jurisdicción administrativa no es negada ni condenada y hasta en algunos casos puede ser beneficiosa para el sistema jurídico, los ciudadanos y el fortalecimiento de la propia Administración; pero para ello, se requiere de la concurrencia de elementos adicionales que pueden no estar presentes en todos los ordenamientos.

De forma previa a describir precisamente el mecanismo de control jurisdiccional administrativo asignado al Indecopi, es oportuno mencionar las condiciones típicas de aplicación del control ejercido por los jueces en Perú, especialmente con relación a los organismos reguladores.

III. LAS VÍAS DE CONTROL JUDICIAL PERUANO Y LOS ORGANISMOS REGULADORES

El actual sistema de tutela de derechos constitucionales y legales en sede judicial para controlar a la Administración está diseñado para revisar en fondo y forma la mayoría de los actos, actuaciones y disposiciones normativas o reglamentos emitidos por las entidades, pero con ciertas restricciones que pueden influir en su efectividad. Esto último es relevante porque dichas restricciones afectan la capacidad judicial de otorgar una tutela de urgencia ante actos arbitrarios o normas de la Administración que conllevan efectos jurídicos inmediatos.

³² Al restringir potencialmente la capacidad de las agencias para diseñar regulaciones, a partir de leyes con fórmulas amplias.

³³ Coglianese y Walters (2025, p. 5).

³⁴ Esta labor es la que más se asemeja a lo que en el derecho norteamericano se conoce como *Administrative Law Judges* (ALJ), funcionarios administrativos que resuelven controversias o peticiones en materias técnicas al interior de las agencias.

³⁵ A diferencia del Consejo de Estado colombiano, los miembros del Consejo de Estado francés incluyen a miembros del gabinete del Gobierno, por lo que se le considera una entidad de la Administración Pública y no un tribunal jurisdiccional plenamente independiente (Montaña, 2010, p. 220).

³⁶ Montaña (2010, p. 225).

Con bastante anterioridad, se han descrito las vías y límites a los que hacemos referencia³⁷, lo cual ejemplifica que, al menos en la última década, no se han producido reformas estructurales que busquen acercar el control judicial a la satisfacción de las pretensiones de los administrados, al cuestionar estos, las decisiones de la Administración y en particular las de los organismos reguladores³⁸.

La primera vía de control judicial es el proceso contencioso-administrativo, sustentado en la Constitución³⁹ y considerado como el mecanismo de revisión natural de las decisiones de la Administración, ya que, bajo los parámetros de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo⁴⁰, pueden ser susceptibles de demanda todos los actos administrativos, silencios, actuaciones materiales y omisiones de las entidades.

El límite más notorio en la jurisdicción contencioso-administrativa peruana es la necesidad del agotamiento de la vía previa⁴¹, que impide demandar actos susceptibles de ser impugnados en la vía administrativa, aun si ya generan efectos⁴². El proceso contencioso-administrativo, tampoco permite cuestionar disposiciones administrativas, además de cargar con plazos de prescripción que en la mayoría de los casos se fijan en los tres meses.

La segunda vía es el proceso de acción popular que tiene como finalidad ejercer control constitucional y legal sobre diversas normas de carácter general que no tienen rango de ley. Mediante este proceso, se ejerce control, por ejemplo, sobre reglamentos publicados por los organismos reguladores. Una demanda de acción popular, solo puede presentarse hasta por cinco años contados desde el día siguiente a la publicación de la norma⁴³.

La tercera vía es el proceso de amparo, especialmente previsto para cuestionar actos, omisiones y reglamentos heteroaplicativos que lesionen derechos constitucionales distintos a la libertad personal, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación del derecho constitucional afectado. El amparo se considera 'urgente, extraordinario y residual', por lo cual solo procede cuando no exista otra vía procesal para la tutela de los derechos constitucionales afectados, y además, cuando se esté ante un supuesto de urgencia debidamente acreditado⁴⁴.

La cuarta vía, comparativamente menos recurrida, es el proceso de cumplimiento que protege los derechos legales frente a inacciones materiales o formales de la Administración. El objetivo de este proceso es que el funcionario o autoridad renueve cumpla con una norma legal, que ejecute un acto administrativo o que se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir un acto o aprobar un reglamento⁴⁵.

Si bien, no representan una parte muy cuantiosa del total de procesos judiciales en trámite⁴⁶, los recientes litigios que involucran cuestionamientos a decisiones de la Administración, específicamente aquellos relacionados con los organismos reguladores, han producido sentencias judiciales y constitucionales que han atajado vulneraciones significativas durante la aplicación de normas sectoriales o de principios del derecho administrativo.

Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional, mediante la sentencia 319/2023 (Expediente 01692-2018-PA/TC), resolvió una demanda de amparo contra la Resolución del Consejo Directivo del OSINERGMIN 191-2011-OS/CD —que aprobó el Reglamento del Registro de Hidrocarburos— y ordenó

³⁷ Avendaño y Zumaeta, (2011, p. 224).

³⁸ En este caso, excluimos como vía de control al proceso de inconstitucionalidad, ya que por sus requerimientos procesales está diseñado sobre todo para revisar leyes antes que reglamentos de la Administración, como ordenanzas municipales o regionales.

³⁹ Artículo 148 de la Constitución Política del Perú.- Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa.

⁴⁰ Texto Único Ordenado aprobado mediante Decreto Supremo 011-2019-JUS.

⁴¹ Excepto, en los casos previstos por el artículo 20 del Texto Único Ordenado de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo (2019).

⁴² Pensemos, por ejemplo, en una denegatoria de licencia o registro, acto que, si bien puede ser apelado, condicionará desde su primera emisión las expectativas y actividades económicas del solicitante.

⁴³ Artículo 83 y siguientes del Nuevo Código Procesal Constitucional (2021).

⁴⁴ Artículo 39 y siguientes del Nuevo Código Procesal Constitucional (2021).

⁴⁵ Artículo 65 del Nuevo Código Procesal Constitucional (2021).

⁴⁶ Los sistemas estadísticos del Poder Judicial no permiten definir con exactitud el número de procesos contenciosos administrativos o constitucionales que involucran a organismos reguladores. Sin embargo, si se toma como referencia los datos públicos del Osipitel, que declaró en su memoria institucional de 2023 un aproximado de 736 procesos contenciosos-administrativos en trámite, se observará que dicha cifra resulta mínima en comparación a los 89,690 procesos contencioso-administrativos (de todas las especialidades) declarados en ese mismo año por el Poder Judicial.

al Osinergmin la emisión de una nueva norma, al considerar que el reglamento aprobado había vulnerado los derechos fundamentales al medio ambiente, a la salud y vida de las personas por haber incorporado disposiciones normativas que permitían la expedición del Informe Técnico Favorable (ITF) y del registro para el funcionamiento de ciertos establecimientos sin contar con una inspección previa.

Por su parte, la Corte Suprema, a través de la Casación 16514-2022-Lima (2023), analizó el fondo de una sanción impuesta por el Osinergmin contra una empresa de distribución eléctrica debido al presunto incumplimiento a la obligación de remitir información sobre la ejecución de su plan de inversión en el año 2015. La Corte Suprema anuló las resoluciones sancionadoras del Osinergmin al concluir que el regulador había transgredido el principio de razonabilidad, puesto que multó a la empresa, pese a que ya conocía que esta no ejecutaría inversiones durante el año 2015.

No siempre ha dado la razón a los administrados en la formulación de sus pretensiones contra los reguladores, pero aun así, la Corte Suprema ha analizado también aspectos vinculados a las facultades más especializadas de estas entidades, como en el caso de la Casación 24932-2021-Lima (2023) donde la Corte verificó las condiciones de aprobación del Factor de Balance de Potencia Coincidente en Horas de Punta (FBP), a nivel empresa, aplicable al VADMT y VADBT de los sistemas de distribución eléctrica con una demanda máxima superior a 12 MW, las cuales fueron aprobadas mediante Resolución 063-2013-OS/CD. En otros casos, votos en discordia como el emitido por el juez Linares San Román en la Casación 19506-2021-Lima (2023), han reconocido que los reguladores no pueden utilizar su facultad reglamentaria para restringir derechos mínimos reconocidos en la Ley del Procedimiento Administrativo General.

En el ámbito de los procesos de acción popular, se destaca la sentencia del 21 de marzo de 2022 emitida por la Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas de Mercado de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el marco del expediente 07950-2019-0-1801-SP-CA-05. A través de dicha sentencia, la Corte declaró fundada una demanda de acción popular interpuesta contra el artículo segundo de la Resolución 266-2018-CD-OSIPTEL, norma que modificó el artículo 39 del Reglamen-

to de Reclamos para establecer que en los reclamos, recursos de apelación o quejas presentadas vía web, la notificación debía realizarse a través de correo electrónico.

La sentencia descrita fue luego apelada, pero una medida cautelar otorgada por la misma corte, que tomó en cuenta los vicios de inconstitucionalidad e ilegalidad detectados, ordenó al Osipitel suspender la eficacia de la norma cuestionada, circunstancia que llevó, a su vez, al regulador de telecomunicaciones a modificar su reglamento para suprimir la disposición normativa.

Más allá de los pronunciamientos citados y, aunque las estadísticas son limitadas, una estimación a partir de las memorias institucionales del Osipitel⁴⁷ evidencia que el Poder Judicial, en conjunto, confirmaría anualmente más del 90% de las decisiones de los reguladores, estadística que está en línea con los porcentajes de otras entidades públicas como el Indecopi⁴⁸.

No se puede valorar el razonamiento ni tampoco la certitud de los pronunciamientos judiciales, sin hacer un examen profundo de los argumentos vertidos en cada sentencia, pero resulta correcto asumir que el Poder Judicial mantiene una amplia deferencia por las decisiones de los reguladores y otras entidades públicas. Esta circunstancia no necesariamente implica que los reguladores actúen con prolijidad en su motivación ya que, por ejemplo, a nivel de procedimientos administrativos sancionadores, sus decisiones mantienen altas tasas de impugnación ante el Poder Judicial.

La deferencia mencionada, puede ser un desincentivo para perseguir acciones de revisión o control ante el Poder Judicial, el cual podría tender a ser visto como una sede para el retraso de ejecuciones de actos—principalmente multas—antes que como un verdadero garante de los derechos afectados por los organismos reguladores.

Sin embargo, los mayores condicionantes del control judicial en el Perú, y que probablemente impiden que el Poder Judicial sea el único revisor de los organismos reguladores, están relacionados con los siguientes tipos de límites.

Primero, como límite formal, no existen mecanismos o procesos judiciales que permitan una tutela directa sobre los actos administrativos que no agotan la vía previa, más allá del amparo, el cual solo

⁴⁷ A respecto pueden consultarse las Memorias Anuales del Osipitel.

⁴⁸ Véase el documento “Balance del 2022” (Indecopi, 2023).

procede contra vulneraciones urgentes de carácter constitucional y que no cubre necesariamente todas las infracciones a normas legales o procedimientos⁴⁹. Esto ocurre, por ejemplo, con las órdenes administrativas o requerimientos de actuación impuestos sobre agentes económicos que, sin ser definitivos, generan efectos o gravámenes. El proceso contencioso-administrativo, en dichos casos, es un remedio mucho menos expeditivo cuando lo que se necesita es una revisión inmediata antes de que un derecho –de cualquier naturaleza– sea lesionado de forma irreparable.

A pesar de que el ordenamiento reconoce la posibilidad de solicitar medidas cautelares de forma anticipada⁵⁰, también establece como condición que luego de la ejecución de la medida cautelar, la demanda sea presentada en un máximo de diez días hábiles⁵¹. Este requerimiento hace en la práctica muy difícil solicitar una medida cautelar para inaplicar o dejar sin efecto un acto de un organismo regulador si no es hasta la cercanía a la conclusión de la vía administrativa.

Así también, el marco normativo contenido en el Nuevo Código Procesal Constitucional⁵², establece diversos requerimientos que reducen la flexibilidad de la acción popular como mecanismo de control reglamentario. Por ejemplo, la necesidad de que estemos ante una norma general, aspecto que podría ser cuestionado por el organismo regulador; o que la norma no pueda ser tomada en algún caso como un acto administrativo.

Segundo, como límite material, se encuentra la carga procesal del Poder Judicial –y del Tribunal Constitucional– que imposibilita la resolución de las demandas en un tiempo aceptable para muchos administrados. La necesidad de efectuar inversiones y provisiones de contingencias en el corto y mediano plazo es particularmente importante para las empresas proveedoras de servicios públicos, por lo que la tutela judicial, en cualquier

ra de sus formas, siempre trae consigo demoras que afectan sus actividades económicas. La propia carga en los procesos principales también genera una inevitable demora en el dictado de medidas cautelares, aun si se han producido vulneraciones flagrantes.

Las fracturas descritas, y la asociación del Poder Judicial a casos de corrupción y falta de preparación técnica, e incluso jurídica, restan confianza en la ciudadanía⁵³ y han sido el origen de soluciones de control alternativas, a pesar de que estas también cargan con sus propios límites.

IV. EL SISTEMA DE ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS: EL EXPERIMENTO PERUANO

El origen del Indecopi, como entidad revisora de los actos, omisiones, actuaciones y disposiciones normativas que afectan derechos vinculados al acceso y permanencia en el mercado⁵⁴, además de la simplificación administrativa⁵⁵, está inevitablemente relacionado con las debilidades institucionales de Perú y del mismo Poder Judicial.

Con posterioridad a las reformas de inicio de la década del 90 y la promulgación de la Constitución de 1993, se hizo patente que el crecimiento de la inversión privada solo sería sostenible en un escenario de protección y seguridad jurídica continua para los inversionistas que a su vez mantuviese altas condiciones de competitividad⁵⁶. La situación descrita implicaba en cierto modo la sustracción de diversos tipos de controversias de manos del Poder Judicial, considerando principalmente: (i) que este era visto como un espacio deliberativo parcializado a favor de las entidades públicas; (ii) el prolongado tiempo que se requería para arribar a la resolución de los casos; y (iii) la carencia de la especialización técnica suficiente para resolver materias complejas, como disputas regulatorias o denuncias de libre competencia⁵⁷.

⁴⁹ Por supuesto, la defensa siempre puede construir argumentos que encuadren las infracciones de las entidades públicas como afectaciones a derechos fundamentales (por ejemplo, que se trata de una resolución que no está ‘fundada en derecho’; no obstante, estas medidas enfocadas en satisfacer la procedencia de una demanda de amparo, incrementan la dificultad para obtener un control eficaz.

⁵⁰ Artículo 37 del Texto Único Ordenado de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo (2019).

⁵¹ Artículo 636 del Nuevo Código Procesal Civil (2021).

⁵² Artículo 75 del Nuevo Código Procesal Civil (2021).

⁵³ Una encuesta realizada a nivel nacional en el año 2024 por el IEP arrojó que un 75% de los encuestados confía poco o nada en el Poder Judicial. Véase a Instituto de Estudios Peruanos [IEP] (2024).

⁵⁴ Además de ello, Indecopi fue creado, entre otros, como entidad encargada de la tutela de los derechos ciudadanos en materia de consumo, procedimientos concursales, propiedad intelectual y como agencia de competencia.

⁵⁵ Supuestos de barreras burocráticas bajo la descripción del artículo 3 del Decreto Legislativo 1256 (2016).

⁵⁶ Para una descripción completa y detallada de las circunstancias que llevaron al diseño y creación del Indecopi y de los órganos de eliminación de barreras burocráticas, véase a Rodríguez (2024, p. 142; p. 200).

⁵⁷ Rodríguez (2024, p. 144).

Con la creación de las Comisiones de Simplificación del Acceso y Salida del Mercado y Acceso al Mercado (predecesoras de la CEB), así como la aprobación de la Ley de Organización y Funciones del Indecopi a través de la Ley 25868⁵⁸ y el Decreto Legislativo 1033⁵⁹, se fue configurando un entramado normativo que, sumado a diversos precedentes jurisprudenciales⁶⁰, estableció una metodología y reglas para la identificación e inaplicación de barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad impuestas por entidades públicas peruanas. Esta metodología, además de las reglas procedimentales complementarias, fue compilada y ordenada a través del Decreto Legislativo 1256, que aprobó en 2016 la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas⁶¹.

El sistema de análisis legal se basa en determinar a pedido de parte u oficio si una medida, que puede ser un acto, actuación, inacción u omisión o disposición normativa (exceptuando leyes y decretos legislativos) se encuadra dentro de las atribuciones y competencias conferidas de la entidad que la emitió; si esta ha respetado las formalidades y/o procedimientos correspondientes o si con su emisión se han contravenido normas y/o principios de simplificación administrativa o cualquier otro dispositivo legal. Por su parte, el análisis de razonabilidad evalúa (i) si la medida resulta arbitraria, esto es, si “carece de fundamentos y/o justificación, o que teniendo una justificación no resulta adecuada o idónea para alcanzar el objetivo de la medida” o (ii) si resulta desproporcionada, esto es, si “resulta excesiva en relación con sus fines y/o respecto

de la cual existe otra u otras medidas alternativas que puedan lograr el mismo objetivo de manera menos gravosa”⁶².

Si la medida, cuestionada de forma abstracta o en concreto, no supera el examen de legalidad o razonabilidad, será declarada barrera burocrática e inaplicada, en algunos casos con efectos individuales y en otros con efectos generales. La CEB o la SEL pueden también, según las circunstancias del caso, conceder medidas cautelares en todo momento del procedimiento para inaplicar provisionalmente la medida.

Paradójicamente, las características de la metodología de análisis de identificación de barreras burocráticas parecen estar influenciadas no por sistemas de revisión asignados a la Administración sino por los modelos típicos de revisión judicial diseñados para controlar a las agencias reguladoras y otras entidades en algunos de los países pertenecientes al sistema del *Common Law*.

En el caso de Estados Unidos, el título 5 U.S.C. sección § 706 de la *Administrative Procedure Act* establece que las cortes podrán revisar las decisiones de las agencias reguladoras a través de demandas en las que, entre otros aspectos, se analice si la agencia, al emitir su decisión, sea mediante *adjudication* o *rulemaking*⁶³, siguió los alcances de las leyes y estatutos, además de sus finalidades regulatorias. La misma revisión se extiende a la verificación del sustento de las decisiones, al evaluarse si la agencia actuó de forma

⁵⁸ Artículo 26 BIS del Decreto Legislativo 1033.-

La Comisión de Acceso al Mercado es competente para conocer sobre los actos y disposiciones de las entidades de la Administración Pública, incluso del ámbito municipal o regional, que impongan barreras burocráticas que impidan u obstaculicen ilegal o irracionalmente el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado, en especial de las pequeñas empresas, y de velar por el cumplimiento de las disposiciones sobre la materia (...) (2008).

⁵⁹ Artículo 23 del Decreto Legislativo 1033.-

De la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas.- Corresponde a la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas aplicar las leyes que regulan el control posterior y eliminación de las barreras burocráticas ilegales o carentes de razonabilidad que afectan a los ciudadanos y empresas, y velar por el cumplimiento de las normas y principios que garantizan la simplificación administrativa, así como de aquellas que complementen o sustituyan a las anteriores (2008).

⁶⁰ De los cuales el más importante fue el precedente vinculante establecido a través de la Resolución 182-97-TDC.

⁶¹ Para un recuento de la manera en la que fue estructurándose el concepto de barrera burocrática y las competencias de los órganos del Indecopi antes de la publicación del Decreto Legislativo 1256. Véase a Ochoa (2014, pp. 16, 39). Ochoa efectúa una clasificación propia, basado en la teoría y jurisprudencia del Indecopi, sobre los tipos de barreras burocráticas y los límites en el control efectuado por la entidad. No obstante, dada la variedad de pronunciamientos recientes y la incorporación de nuevas reglas en el Decreto Legislativo 1256, hemos preferido realizar un estudio y clasificación que difiere en varios aspectos del análisis del autor mencionado.

⁶² Artículos 14 y 16 del Decreto Legislativo 1256.

⁶³ En el derecho norteamericano, se cataloga a la *adjudication* como el proceso que persigue la emisión de una orden, entendida como un requerimiento de actuación o directiva específica para un agente individualizado, mientras que *rule-making* hace referencia al proceso de formulación, modificación o eliminación de una regla normativa de la agencia. Al respecto, véase a Mayton (1980, p. 109). Si se trasladasen ambos conceptos al derecho administrativo continental, la *adjudication* tendría como posible correlato al procedimiento administrativo (cuya finalidad consiste en la emisión de un acto con efectos específicos) y el *rulemaking* designaría al proceso de emisión normativa general (ejercicio de la facultad reglamentaria) por parte de entidades concretas al interior de la Administración.

arbitraria, caprichosa o en abuso de sus facultades discrecionales⁶⁴.

Si tomamos como referencia al Reino Unido, encontraremos el famoso fallo *Council of Civil Service Unions c. Minister for the Civil Service* AC 374 (1985), a través del cual se establecieron las pautas para la revisión judicial de decisiones de agencias o entidades administrativas. Conforme a lo explicado por Lord Diplock (juez del caso), la revisión judicial supone verificar, entre otros, si en la decisión administrativa revisada se manifiesta de algún modo una situación de: (i) ilegalidad, cuando quien toma la decisión no ejerce su poder dentro de los alcances de la Ley ni tampoco se atiene a ella en su aplicación; (ii) irracionalidad, si la autoridad decide en desafío a la lógica o a los estándares morales a tal punto que ninguna persona sensata habría llegado a la misma decisión; e (iii) impropiedad procedimental, si la autoridad incumple normas de justicia natural o el debido procedimiento al imponer su decisión⁶⁵.

La principal diferencia entre las metodologías anglosajonas y la utilizada por el Indecopi, a través de la CEB y la SEL radica, por supuesto, en la naturaleza de la autoridad que las aplica. El modelo peruano prescinde de un control directo del Poder Judicial, que reserva su evaluación para otros procesos, en favor de una entidad pública con mayor conocimiento técnico y flexibilidad para otorgar una tutela de urgencia.

El sistema de barreras, revela entonces, una muestra de control judicial ejercido por la Administración —o jurisdicción administrativa⁶⁶— que ha sido desarrollado para contribuir a que los inversionistas, agentes económicos y ciudadanos en general, no se vean afectados por limitaciones, requisitos, prohibiciones u omisiones que, al no estar apegadas a la cobertura legal o a una finalidad legítima,

generan afectaciones sobre sus derechos económicos y su capacidad de actuación en el mercado. De ello nace el concepto de barrera burocrática, ilegal o irrazonable, como medida incompatible con las actuaciones de una buena Administración⁶⁷.

La condición de la CEB y la SEL como órganos de control o revisores de las barreras burocráticas emitidas por las entidades públicas peruanas ha sido reconocida progresivamente por las instituciones y otras entidades públicas, normalizándose con el tiempo la sujeción a sus resoluciones y las herramientas de *enforcement* concedidas⁶⁸. A ello contribuyó el Tribunal Constitucional con la publicación de la sentencia recaída en el Expediente 00014-2009-PI/TC, en la cual reconoció que los tribunales administrativos podían ejercer control de legalidad e incluso constitucional, pues, citando a la sentencia recaída en el Expediente 03741-2004-AA/TC:

[...] no sólo tiene[n] la facultad de hacer cumplir la Constitución —dada su fuerza normativa—, sino también el deber constitucional de realizar el control difuso de las normas que sustentan los actos administrativos y que son contrarias a la Constitución o a la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional. (2004)

Aunque el Tribunal Constitucional posteriormente dejó sin efecto la posibilidad de que los tribunales administrativos efectúen control constitucional⁶⁹, ello no desdijo las competencias del Indecopi para inaplicar normas reglamentarias —incluso algunas con rango legal como las ordenanzas municipales y regionales— en el “ámbito de protección de la competitividad del mercado, tarea que, en virtud de la unidad del mercado, está bajo la competencia del Ejecutivo que vigilará la preservación del orden público económico” (Expediente 00014-2009-PI/TC)

⁶⁴ 5 U.S. Code § 706 - Scope of review.

To the extent necessary to decision and when presented, the reviewing court shall decide all relevant questions of law, interpret constitutional and statutory provisions, and determine the meaning or applicability of the terms of an agency action. The reviewing court shall— (1) compel agency action unlawfully withheld or unreasonably delayed; and (2) hold unlawful and set aside agency action, findings, and conclusions found to be—(A)arbitrary, capricious, an abuse of discretion, or otherwise not in accordance with law (...).

⁶⁵ Diplock señala:

By “illegality” I mean that the decision-maker must understand correctly the law that regulates his decision-making power and must give effect to it (...). By “irrationality” (...) It applies to a decision which is so outrageous in its defiance of logic or of accepted moral standards that no sensible person who had applied his mind to the question to be decided could have arrived at it (...) “procedural impropriety” (...) failure to observe the rules of natural justice or a failure to act with procedural fairness towards the person who will be affected by the decision (...). (1985)

⁶⁶ Quiroga (1997, p. 328); Ochoa (2013, p. 413).

⁶⁷ Para más detalles sobre el concepto de buena Administración y el servicio de las entidades a los ciudadanos y el interés general, véase a Rodríguez-Arana (2012, p. 13).

⁶⁸ Entre las cuales, se incluye la posibilidad de sancionar a entidades, funcionarios y servidores públicos que no acaten sus resoluciones.

⁶⁹ Sentencia del 18 de marzo de 2014 Expediente 4293-2012-PA/TC).

y dentro de los alcances del ‘principio de competencia excluyente’. Sobre dicho principio, se agrega en la sentencia que será aplicable “cuando un órgano con facultades legislativas regula un ámbito material de validez, el cual, por mandato expreso de la Constitución o una ley orgánica, comprende única y exclusivamente a dicho ente legisferante”.

La experiencia de control de la CEB y SEL ha sido, en líneas generales, muy favorable para la competitividad de muchos agentes. Son múltiples los casos en los que su jurisdicción ha detenido y, de hecho, revertido los efectos, de medidas que suponían cargas económicas desprovistas de un mandato legal previo o de un ejercicio de razonabilidad que les concediese una finalidad concreta, beneficiosa y proporcional. Y es que, en muchos aspectos, las dificultades técnicas y humanas que afectan a la Administración en Perú son factores que incrementan la arbitrariedad en las decisiones de decenas de funcionarios y servidores públicos.

Los pronunciamientos del Indecopi han sido muy variados, al inaplicar o impedir, por ejemplo, exigencias municipales para prestar el servicio de taxis (Resolución 182-97-TDC), la revocación indebida de derechos a través de actos administrativos (Resolución 1535-2010/SC1-INDECOPI) o el pago de montos específicos como condición para la tramitación del procedimiento de incorporación a colegios profesionales (Resolución 0116-2018/SEL-INDECOPI). Las materias son amplias, pues también incluyen casos de desconocimiento de silencios administrativos, restricción indebida de horarios de mesa de partes en entidades públicas, imposición de requisitos no contenidos en las normas pertinentes o el Texto Único de Procedimientos Administrativos, cobro de tasas sin sustento o la denegatoria de licencias de funcionamiento de manera arbitraria.

No solo ello, sino que, al contar con facultades de fiscalización y un componente preventivo de control, la CEB, a través de sus órganos y oficinas desconcentradas del Indecopi, ha llevado a cabo una importante labor de detección y eliminación voluntaria de barreras burocráticas que ha brindado resultados tangibles, como la eliminación voluntaria de 2200 barreras burocráticas ilegales, por parte de 45 entidades públicas, durante el 2024 y otros números similares en años pasados⁷⁰.

En términos más prácticos, en el período 2020-2024, Indecopi eliminó 26 387 barreras burocráticas, lo que supuso un ahorro de aproximado de 873,600,000.00 soles para distintos sectores productivos del país⁷¹.

Los logros de la CEB y la SEL no son obstáculo para comentar las grandes limitaciones, que, por las normas aplicables y su propia naturaleza, han tenido ambos órganos en los últimos años para convertirse en revisores plenamente eficaces de las medidas aprobadas por los organismos reguladores. La jurisprudencia relacionada, como veremos, arroja resultados que invitan a pensar que existe un vacío de control que difícilmente podrá ser superado por un tribunal administrativo con las actuales características y atribuciones del Indecopi.

V. LOS LÍMITES EN EL CONTROL DE LA CEB Y LA SEL: EL CASO DE LOS ORGANISMOS REGULADORES

Normativamente, la CEB y la SEL no pueden conocer denuncias contra actos, actuaciones, inacciones, omisiones o disposiciones normativas excluidas directamente por el artículo 3 del Decreto Legislativo 1256. Los literales a) a la j) del artículo citado establecen que no son barreras burocráticas (y, por tanto, no pueden ser declaradas como tales ni inaplicadas), entre otras: las exigencias, requisitos, limitaciones, prohibiciones y/o cobros establecidos a través de leyes, decretos legislativos o contratos suscritos, procesos de subasta o bases de concursos para contratar con el Estado; las tarifas o contraprestaciones por servicios prestados por el Estado o por empresas privadas o públicas, ajenas al ejercicio de la función administrativa; el cobro de aranceles, impuestos y arbitrios para personas sin actividades económicas, así como las controversias contencioso-tributarias; la declaración de nulidad de actos administrativos por motivos de debido procedimiento y la imposición de sanciones (sin perjuicio de que la nulidad o la sanción sirvan para acreditar una barrera burocrática).

El listado de exclusiones no se considera taxativo y su origen no está, en realidad, en una decisión discrecional del legislador⁷², sino principalmente en la jurisprudencia del Indecopi previa a la emisión del Decreto Legislativo 1256. Esta jurisprudencia, que puede haberse construido a partir

⁷⁰ Véase “eliminación de barreras burocráticas por el Indecopi” (2025).

⁷¹ Véase “eliminación de 26000 barreras burocráticas por el Indecopi” (2025).

⁷² La exposición de motivos del Decreto Legislativo 1256, señala, al respecto que:

El artículo 3 del proyecto contiene las definiciones que se tendrán en cuenta para la aplicación de esta norma legal, siendo importante destacar la contenida en el numeral 3 del mismo, referido a qué se entiende por “barrera burocrática” qué tipo de exigencias no están comprendidas dentro de esta definición. Es importante mencionar

de una derivación del principio de competencia excluyente, erigió al Indecopi solo como un revisor parcial de las entidades públicas, quedando limitado su análisis a los actos o normas que pudiesen constituir restricciones para la operación en el mercado, —específicamente en cuanto a requerimientos o prohibiciones—, pero que no fuesen un reflejo de las competencias o materias asignadas exclusivamente por normas con rango de ley a las entidades públicas denunciadas (esta descripción, como tal, no está incorporada en el Decreto Legislativo 1256).

Así, por ejemplo, en la Resolución 0388-2016/SDC-INDECOPI, la Sala Especializada de Defensa de la Competencia (en adelante, SDC), que entonces asumía las funciones de la SEL, delimitó el ámbito de análisis únicamente a los actos o disposiciones —en ejercicio de la función administrativa— que sean pasibles de ser declarados barreras burocráticas. Esta distinción deja de lado, correctamente, el ejercicio de las funciones legislativa o jurisdiccional, pero también deja por fuera los actos provenientes de la función administrativa que no reúnan los elementos característicos de las barreras burocráticas:

a. La Comisión solo podrá evaluar la legalidad o razonabilidad de los actos o disposiciones emitidos por las entidades de la Administración Pública en ejercicio de su función administrativa, lo cual significa que se encuentran fuera de dicho ámbito de control las demás funciones del Estado, como la legislativa o la jurisdiccional.

b. El sistema de eliminación de barreras burocráticas no tiene por finalidad evaluar la legalidad y/o razonabilidad de todas las actuaciones de la Administración Pública sino únicamente de aquellas pasibles de calificar como ‘barreras burocráticas’ en la medida que impongan alguna exigencia, requisito, prohibición y/o cobro que impida u obstaculice el acceso o permanencia en el mercado de un agente económico. (2016)

La SDC agregó en la misma resolución otro criterio de exclusión de materias al analizar la potencial inaplicación de una medida correctiva dictada en el marco de un procedimiento sancionador. Concretamente, la SDC declaró improcedente la

denuncia al señalar que la medida denunciada no significaba “la imposición de una nueva condición de acceso o permanencia exigible a la denunciante en ejercicio de la función administrativa del Estado, sino únicamente una consecuencia accesorio de la evaluación y determinación de una infracción administrativa” (2016). Se diferencia, entonces, la función administrativa, donde Indecopi tiene competencias, de la potestad sancionadora o fiscalizadora, asignadas solo a las entidades, si bien estas últimas actividades, potencialmente, también pueden ser encuadradas como manifestaciones complementarias de la función administrativa.

La jurisprudencia añade variables adicionales de análisis que pueden complejizar la ecuación. A través de la Resolución 1505-2013/SDC-INDECOPI, la SDC declaró que los requisitos de los procesos de selección, al ser una expresión de la actividad de fomento de la Administración, no podían calificar como barreras burocráticas:

[...] dado que las barreras burocráticas de acceso o permanencia en el mercado constituyen exigencias, requisitos, prohibiciones o cobros impuestos por una entidad de la Administración Pública a través de un acto o una disposición, que se caracteriza por poseer una fuerza de coacción sobre la actividad de los particulares, lo que evalúa la Comisión, en estos casos, es la legalidad y/o razonabilidad del ejercicio de la actividad de policía⁷³. (2013)

Para la SDC, el ejercicio de la actividad de policía, incorporado dentro del ejercicio de la función administrativa del Estado, es una suerte de paraguas para englobar las exigencias, requisitos, prohibiciones o cobros que, a su vez, podrían calificar como barreras burocráticas. Esta distinción adicional puede añadir dificultades al justificar la exclusión de la potestad de fiscalización o inspección debido a que, como sostienen algunos autores, esta es también en rigor una modalidad técnica de la actividad de policía⁷⁴.

Con relación a la actividad sancionadora, en la Resolución 1023-2011/SC1-INDECOPI, la SDC evaluó la denuncia de una empresa del sector hidrocarburos contra la Municipalidad Distrital de Samanco por la imposición de una sanción por instalar

que la relación contenida en este literal ha sido elaborada a partir de la jurisprudencia emitida en esta materia por la Comisión y la Sala, por lo que se trata de una relación de carácter enunciativo, la misma que no impide que estas autoridades, al momento de analizar un caso, establezcan que una medida no contenida en esta relación no constituya una barrera burocrática. (2016)

⁷³ La SDC agrega que el ejercicio público de la actividad de fomento, a diferencia de la actividad de policía, no restringe la posibilidad de los postores de acceder al mercado mediante otros mecanismos distintos al proceso convocado por una entidad pública.

⁷⁴ Fernández Ramos (2002, p. 23).

anuncios sin contar con la respectiva autorización. Para la denunciante, la sanción era ilegal por provenir de una norma tipificadora que no había sido aprobada conforme a los requerimientos legales exigidos.

La norma tipificada que originó la sanción, potencialmente, podía ser una disposición ilegal, pero la SDC decidió diferenciar el cuestionamiento a la sanción —como acto de gravamen— de la exigencia de contar con una autorización para instalar anuncios. Para la SDC, Indecopi resultaba competente para analizar la legalidad del requerimiento, pero no de la sanción, aun si esta podía haber sido impuesta a partir de una norma infractora:

[...] la evaluación de la legalidad y razonabilidad de una barrera burocrática, sustentada en un acto o disposición de la Administración Pública, no puede implicar el desconocimiento de las funciones de fiscalización y sanción a cargo de las autoridades administrativas sectoriales y municipales, colocando a la Comisión como una instancia de revisión de las sanciones aplicadas en el ejercicio de dichas funciones, pues ello supondría una avocación a competencias asignadas por Ley a cada sector y gobiernos locales, que no son propias de la autoridad de competencia. (Decreto Legislativo 1256, 2016)

El razonamiento de la SDC, más allá de resultar cuestionable, busca que Indecopi no interfiera con las competencias legales y funciones expresas asignadas a otras entidades en el entendimiento de que el Indecopi no es una entidad revisora de sus competencias exclusivas. Pese a ello, la SDC reconoció que una sanción podía también generar efectos negativos en el ejercicio de las actividades económicas:

[...] En el caso específico de la imposición de sanciones por gobiernos locales a los agentes económicos, la Sala se ha pronunciado declarando que aun cuando estas consistan en el pago de una multa elevada o clausura de un establecimiento que puede tener efectos en el mantenimiento de la empresa en el mercado; ello no constituye en sí mismo la imposición de una barrera burocrática, debido a que la aplicación de una sanción se genera por el incumplimiento de las obligaciones —establecidas por la legislación a los administrados y no por una exigencia directa de la Administración que les impida desarrollar sus actividades económicas en el mercado. (Resolución 1023-2011/SC1-INDECOPI)

La exclusión de materias alcanza también a los tributos no vinculados, incluyendo sus criterios de determinación, así como a las tarifas o contraprestaciones derivadas del ejercicio ajeno a la función administrativa o lo que es lo mismo, a las tarifas de servicios públicos o pagos distintos a las tasas. Como describió el antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia en la Resolución 1151-2006/TDC-INDECOPI, “la Sala resulta incompetente para analizar la legalidad o racionalidad” de las mism[a]s (2006)”.

Por lo demás, el Indecopi suele ser enfático (Resolución 0388-2016/SDC-INDECOPI) en que los denunciantes pueden acudir a las vías judiciales pertinentes para mantener a salvo sus derechos. Esto supone una muestra más de que el control es solo parcial y que en rigor no se está ante un sustituto perfecto de las competencias judiciales:

20. Sin embargo, lo antes señalado no significa que los ciudadanos se vean impedidos de cuestionar aquellos actos o disposiciones que emitan los órganos del Estado que no califican como barreras burocráticas. Para ello, el sistema jurídico ha previsto que, si bien tales actos o disposiciones no resultan pasibles de ser evaluados en los procedimientos de eliminación de barreras burocráticas, pueden ser revisados a través de los procesos legales y acciones que las normas especiales prevén para cada caso.

21. Así, a manera de ejemplo se tiene que, para cuestionar normas con rango de ley emitidas en ejercicio de función legislativa, existen mecanismos de control concentrado (acción de inconstitucionalidad) y difuso (ante el fuero judicial), mientras que respecto a la actividad jurisdiccional existen herramientas procesales que las partes pueden emplear para impugnar las decisiones que consideren les causan agravio. Asimismo, los actos administrativos en general son pasibles de impugnación en sede administrativa a través de los recursos respectivos y ante el Poder Judicial en un proceso contencioso administrativo. (2016)

La Resolución 0412-2023/SEL-INDECOPI sintetiza parte de la jurisprudencia y la normativa para construir las características de una barrera burocrática:

- a) Tratarse de una exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro impuesto por una entidad de la Administración Pública en ejercicio de función administrativa⁷⁵.

⁷⁵ También denominado elemento coercitivo por Ochoa (2013, p. 20).

- b) De cumplirse lo anterior, encontrarse contenida en una disposición administrativa, un acto administrativo o una actuación material.
- c) Asimismo, tener como finalidad la regulación del comportamiento de los agentes en el desarrollo de actividades económicas en el mercado, sea para efectos de su acceso o permanencia en él, o tener incidencia en la tramitación de procedimientos administrativos sujetos a las normas y principios de simplificación administrativa.

De forma más abierta, se entiende que, si un acto, actuación, omisión o disposición, emitido por una entidad y, particularmente, de un organismo regulador, restringe las operaciones de un denunciante, el Indecopi tendría que evaluar no solo la concurrencia de los elementos que componen una barrera burocrática ilegal o carente de razonabilidad sino también las circunstancias de la respectiva emisión para determinar, entre otros aspectos, si la medida: (i) se produjo o no en ejercicio de la función administrativa o de policía al regular condiciones de ingreso o actuación en el mercado; (ii) se encuentra bajo el ejercicio de la potestad de fiscalización, sancionadora o alguna actividad que pueda atribuirse de forma exclusiva y legal a la entidad denunciada; (iii) de ser una sanción, proviene del incumplimiento a un exigencia, requisito,

prohibición y/o cobro ilegal o irrazonable (en cuyo caso se podría analizar como un acto que materializa una barrera burocrática) o si lo que se cuestiona es en realidad la norma tipificadora, siendo imposible en ese supuesto analizar la denuncia por tratarse del ejercicio legítimo de una competencia administrativa o; (iv) constituye un cobro tarifario no vinculado a una función administrativa que tampoco podría evaluarse como barrera.

Las excepciones a la evaluación del Indecopi limitan la capacidad de la entidad como controlador de los actos, actuaciones y disposiciones normativas emitidas por organismos reguladores, aun si en muchos casos estas medidas reúnen los elementos de una barrera burocrática. Hemos visto que, parte de la legitimidad del control del Indecopi, está fundamentada en su calidad de agencia protectora de la competitividad en el mercado; pero esto no le extiende capacidad ni tampoco seguridad –pensando en términos de avocación de competencias– al resolver denuncias contra organismos reguladores.

Una mirada a las resoluciones del Indecopi en los últimos cinco años (2020-2025) evidencia que la SEL ha resuelto en segunda instancia, aproximadamente⁷⁶ 45 denuncias contra actos o normas emitidas por cuatro organismos reguladores, con los siguientes resultados:

Figura 1: Resoluciones emitidas por el Indecopi en los últimos cinco años

Regulador	Resueltas ⁷⁷	Improcedentes ⁷⁸	Infundadas ⁷⁹	Fundadas ⁸⁰
Osinerghmin	21	13	4	4
Osiptel	19	10	8	1
Sunass	4	4	-	0
Ositran	1	1	-	0
Total	45	28	12	5

Fuente: Base de datos de resoluciones del Tribunal del Indecopi.

El análisis jurisprudencial arroja una notoria tendencia de la SEL a resolver en favor de los organismos reguladores, sin que ello implique necesariamente que estos actuaron sin restringir derechos indebidamente, debido a que la improcedencia es el resultado porcentualmente más alto. Es decir, que en una importante parte de los casos no se

efectuó un análisis de fondo que descarte la existencia de vulneraciones legales o arbitrariedades de parte de los reguladores.

Verificar las resoluciones, nos permitirá ver, como indicamos, que el sistema de control está fuertemente condicionado por las exclusiones del De-

⁷⁶ Los números consignados en el cuadro pueden variar debido a las restricciones de búsqueda en la base de datos, pero además a los criterios propios de clasificación aplicados.

⁷⁷ No se incluyen, dentro de esta lista, resoluciones que resolvieron solicitudes de desistimiento, rectificación de errores materiales, sustracciones de materia completas o devoluciones de expedientes a la CEB.

⁷⁸ Incluye un caso de suspensión del procedimiento por un pronunciamiento judicial pendiente vinculado.

⁷⁹ Incluye resoluciones que denegaron solicitudes de otorgamiento de medidas cautelares.

⁸⁰ Las denuncias declaradas fundadas tienen la particularidad de que en su mismo texto, incluyen también declaraciones complementarias de improcedencias o infundadas respecto a otras pretensiones.

creto Legislativo 1256, así como por los criterios resolutivos del Indecopi. A ello, puede sumarse un nuevo escenario de deferencia —esta vez de parte del Indecopi— por los criterios interpretativos y la especialización de los organismos reguladores, en el marco de la aprobación de medidas de carácter normativo, técnico, tarifario, fiscalizador o sancionador.

Como es lógico, la mayoría de denuncias contra los organismos reguladores comparte una estructura que busca satisfacer los criterios de la metodología del Indecopi; de esta manera, se suele alegar: (i) la carencia de competencias del regulador para emitir un acto, requerimiento, gravamen, aprobar un reglamento o, en su defecto, para contradecir o extenderse fuera de los ámbitos o escenarios previstos por una norma legal o decreto supremo sectorial y (ii) la falta de sustento concreto, en términos de ausencia de alternativas o evaluación de proporcionalidad y adecuación, al momento de emitir actos y, sobre todo, reglamentos.

Si disgregan los cuestionamientos por materias, se confirmará que las declaraciones de improcedencias responden sobre todo a las disposiciones del Decreto Legislativo 1256 y al criterio de deferencia del Indecopi, quedando evidenciada la tendencia a evitar el control sobre la mayoría de las medidas impuestas por los reguladores.

A. Cuestionamientos a competencias legales

La SEL tiende a fallar otorgando la razón al regulador respecto a la atribución de sus competencias, es decir, considerando que las competencias y funciones otorgadas por las normas sectoriales legitiman los actos o normas denunciadas.

Por ejemplo, en la Resolución 0660-2021/SEL-INDECOPI, la SEL confirmó la facultad normativa del Osinergmin para establecer condiciones de regulación del suministro de instalaciones internas de gas natural para cualquier tipo de consumidor. Para ello, la SEL comparó la literalidad de los términos de la habilitación otorgada por el Texto Único del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos (Decreto Supremo 040-2008-EM) con las disposiciones de la Resolución de Osinergmin 099-2016-OS-CD, la cual estableció plazos específicos para la instalación de la tubería de conexión y la acometida de usuarios residenciales del servicio de distribución de gas natural (denunciados como barreras ilegales).

En otros casos, como en la Resolución 0125-2022/SEL-INDECOPI, la SEL toma como referencia las facultades normativas generales de los reguladores para sustentar la legalidad de determinadas

actuaciones y declarar infundada la denuncia. A través de la resolución citada, se evaluó la denuncia de una empresa de distribución de gas natural por red de ductos que denunció como barrera burocrática ilegal, entre otros, la exigencia de llegar al lugar donde ocurre una emergencia en un tiempo máximo de 30 minutos y la exigencia de que el tiempo de contención para las emergencias no supere los 30 minutos desde que se llegó al lugar del evento, ambas materializadas en el segundo párrafo del numeral 4.3.1) de la Resolución 306-2015-OS-CD, que aprobó la Norma de Calidad del Servicio de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos. El argumento principal de la denunciante fue que las exigencias habían sido impuestas fuera de la habilitación del numeral 2.38) del artículo 2 del Texto Único Ordenado del Reglamento de Distribución; norma que no establecía que el Osinergmin pudiese reglamentar aspectos como el tiempo de llegada y el tiempo para la contención de emergencias.

Para la SEL, la imposición de las exigencias estuvo justificada ya que el Osinergmin resulta:

[...] competente para dictar normas que regulen los procedimientos a su cargo; y, asimismo, para dictar normas de carácter general o particular sobre intereses, obligaciones o derechos de las entidades supervisadas, actividades supervisadas y de sus usuarios; siendo una de estas obligaciones la de conservar y mantener el Sistema de Distribución, en condiciones adecuadas para su operación eficiente, garantizando la calidad, continuidad y oportunidad del servicio. (Resolución 0125-2022/SEL-INDECOPI)

Asimismo, para la SEL, las exigencias se impusieron:

[...] en ejercicio de su función normativa y lo dispuesto en la Ley 27332, la Ley 26734, Ley 27699, el Reglamento de Organización y Funciones del Osinergmin, el Reglamento General del Osinergmin y el Texto Único del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos. (Resolución 0125-2022/SEL-INDECOPI)

La posición general de la SEL no deja de ser controversial, por cuanto las competencias abiertas de las leyes sectoriales no pueden equipararse con la necesidad de contar con habilitaciones legales expresas específicas, conforme se incrementa la intensidad de la intervención regulatoria. Pero si el control del regulador no se subsume dentro de un examen de legalidad, podría producirse a nivel de razonabilidad, contexto en el que también existen limitaciones, sobre todo por la necesidad normativa de presentar indicios de carencia.

B. Cuestionamientos basados en la carencia de razonabilidad

Por el lado de la razonabilidad, la demanda de indicios a cargo del regulador es alta, al punto de que suele señalarse comúnmente que los denunciantes no han presentado indicios suficientes que desvirtúen la aparente presunción de razonabilidad de las decisiones de los organismos reguladores, tal como ocurre en la denuncia resuelta por la Resolución 0505-2021/SEL-INDECOPI.

En la mencionada resolución, la SEL puntualizó, en línea con el Decreto Legislativo 1256, que los indicios deben implicar argumentos que sustenten la arbitrariedad o desproporcionalidad de las barreras denunciadas, pero que no pueden suponer alegaciones o afirmaciones genéricas “que no explique[n] los fundamentos específicos por los que las barreras burocráticas denunciadas y sus efectos califican como “arbitrario” o “desproporcionado” (2021). A partir de ello, la SEL entró a evaluar los indicios presentados por el denunciante, a raíz de una denuncia contra la exigencia, impuesta por el Osinerghmin mediante el Reglamento del Registro de Hidrocarburos, de que no existan multas impagas originadas en procedimientos administrativos sancionadores culminados, como condición para la procedencia de una solicitud de modificación en el Registro de Hidrocarburos por cambio de titularidad.

La denunciante presentó distintos indicios de carencia de razonabilidad, como la falta de evaluación de alternativas menos gravosas o la materialización de múltiples costos y trabas adicionales, no ponderados, en el procedimiento de cambio de titularidad de registro. Pese a que, incluso la CEB declaró fundada la denuncia en primera instancia, la SEL decidió revocar este extremo y declaró la improcedencia de la denuncia por considerar, entre otros, que la denunciada no había proporcionado mayores detalles sobre la alternativa de regulación menos costosa, que los argumentos presentados no estaban directamente relacionados con la barrera burocrática analizada y que las afirmaciones de la denunciante no calificaban como indicios de carencia de razonabilidad.

De la misma forma, con ocasión de la Resolución 0154-2022/SEL-INDECOPI, la SEL declaró la improcedencia de una denuncia que buscaba la inaplicación de la exigencia de instalar en las acometidas medidores de gas que cuenten con la verificación inicial realizada por organismos reconocidos por la autoridad metrológica peruana durante una fecha especificada por diversos oficios y resoluciones emitidos por el Osinerghmin.

Nuevamente, habiendo la CEB declarado la carencia de razonabilidad de la exigencia descrita,

la SEL revirtió dicha decisión para concluir su improcedencia, al señalar que el argumento del denunciante pretendía cuestionar la aplicación de la medida en un determinado contexto, mas no la carencia de razonabilidad de la medida en sí misma, por lo que se trataba de un argumento genérico para alegar la imposibilidad de cumplimiento de la medida cuestionada en el período determinado por el Osinerghmin.

Por otro lado, a diferencia de los casos anteriores, en el caso resuelto bajo la Resolución 0451-2022/SEL-INDECOPI, la SEL evaluó la denuncia de una empresa de distribución eléctrica contra la exigencia de analizar los consumos de cada usuario en forma integral para poder determinar las causas que explicasen los incrementos de su consumo, bajo las condiciones establecidas en el inciso b) del artículo 3 de la Resolución 115-2017-OS-CD del OSINERGHMIN. Esta vez, la SEL revocó la resolución de la CEB que había declarado infundada la denuncia en dicho extremo. La segunda instancia consideró que existía un indicio suficiente de razonabilidad consistente en lo siguiente.

[...] resulta imposible que las empresas distribuidoras puedan analizar y determinar, en todos los casos, las causas que expliquen los incrementos de consumo por parte de los usuarios, en la medida que las razones que puedan explicar un incremento de consumo por encima del promedio histórico, en muchos casos se deben a hechos que están fuera del control de las empresas distribuidoras. (Resolución 0451-2022/SEL-INDECOPI)

Con el indicio identificado, la SEL pasó a analizar las condiciones de razonabilidad para concluir que el regulador no cumplió con acreditar que la medida cuestionada resultase idónea o adecuada para lograr la solución del problema y/o para alcanzar el objetivo de la medida. En particular, se observó que la entidad denunciada no había sustentado las razones por las cuales debía cumplirse la medida objeto de evaluación en todos los casos en los que se evidenciase un incremento inusual de los consumos respecto al valor del promedio histórico representativo del usuario; y, tampoco, había previsto supuestos de excepción por eventos o hechos no atribuibles a la empresa distribuidora, en los cuales no fuese posible ejecutar la medida.

Se extrae que, el gran condicionante en el análisis de carencia de razonabilidad, es la discreción de los órganos resolutivos del Indecopi para determinar si existen o no indicios suficientes que justifiquen un examen a fondo de las condiciones de razonabilidad de las barreras denunciadas. Es aceptable que los órganos del Indecopi, especialmente

la SEL, cuenten con herramientas procedimentales que permitan ahorrar tiempos de verificación ante potenciales argumentos genéricos o vacíos, pero es cierto también que, ante la inexistencia de una metodología más específica aprobada legalmente, la CEB y la SEL pueden terminar con estándares bastante altos para determinar el indicio aceptable y, al mismo tiempo, confiar mucho más en el sustento proporcionado por el regulador; circunstancia que, a su vez, impacta negativamente en la tutela requerida por el denunciante.

C. Cuestionamientos a decisiones técnicas

Otro tipo de denuncias están centradas en la imposición de medidas que parten de la aplicación, por parte de los reguladores, de criterios técnicos y jurídicos especializados en el ejercicio de sus competencias regulatorias puras. Este aspecto, que proviene del examen de legalidad, es probablemente el más difícil de evaluar, ya que implica una valoración directa de las competencias exclusivas otorgadas por normas legales o sectoriales. De este modo, aun si la medida denunciada esconde efectos similares a los de una barrera burocrática, la SEL prefiere declarar la improcedencia como modo de conclusión del procedimiento.

A manera de referencia, en el expediente concluido en la Resolución 0005-2020/SEL-INDECOPI, una empresa agrícola denunció a la Sunass y al Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima (en adelante, SEDAPAL) por la imposición de una presunta barrera burocrática consistente en la exigencia de efectuar un pago por el servicio de monitoreo y gestión de aguas subterráneas pese a que la denunciante estaba exceptuada de dicho pago por ser una empresa agrícola. La barrera se materializaba en el artículo 12.4 de la Resolución 057-2017-SUNASS-CD que aprobó el Reglamento del Servicio de Monitoreo y Gestión de Uso de Aguas Subterráneas, a cargo de las Empresas Prestadoras de Servicios de Saneamiento habilitadas como Operadoras del Servicio.

La SEL, al evaluar la denuncia, declaró su improcedencia, señalando que era jurídicamente imposible analizarla ya que;

“Si bien a través de los procedimientos de eliminación de barreras burocráticas, la Comisión y la Sala se encuentran facultadas para evaluar la legalidad y/o razonabilidad de diversas actuaciones de las entidades de la Administración Pública, dicha competencia no significa que el Indecopi puede conocer cualquier cues-

tionamiento realizado por los administrados en contra de una disposición, acto o actuación de las referidas entidades, sino lo que únicamente se encuentra acorde al marco de sus competencias. (Resolución 0005-2020/SEL-INDECOPI)

La SEL no se consideró habilitada para analizar si correspondía que la denunciante sea calificada como una empresa agrícola bajo los alcances de la Resolución 057-2017-SUNASS-CD y, por tanto, exonerada del pago imputado. Para la SEL, dicha determinación correspondía únicamente a SEDAPAL, en aplicación de la disposición aprobada por la Sunass, existiendo además otros procedimientos administrativos específicos para la tutela respectiva en la propia sede de la Sunass, cuyas decisiones no podrían ser revisadas por la SEL.

Mientras tanto, en la Resolución 0725-2023/SEL-INDECOPI se evaluó la denuncia de una empresa de infraestructura eléctrica que denunció como barreras distintas exigencias impuestas por el Osinergmin, incluyendo la remisión de información, la actualización de bases de datos y el cumplimiento de obligaciones de suministrador establecidas en la Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos Rurales (en adelante, NTCSER)⁸¹, pese a que, en su criterio, dichas obligaciones no le eran aplicables, pues la empresa no tenía la condición de empresa de distribución eléctrica sujeta a las disposiciones de la NTCSER.

La posición inicial de la CEB, que declaró la improcedencia de la denuncia, fue negarse a analizar si la empresa denunciante estaba obligada a cumplir las exigencias dispuestas por la NTCSER, ya que ello;

[...] podría implicar una interferencia en las funciones del Osinergmin para supervisar el cumplimiento de los indicadores de calidad en el marco de sus competencias, en tanto se posicionaría a la Comisión como instancia para decidir si le resulta aplicable una determinada categoría, ello sin considerar las vías de cuestionamiento con que cuenta la denunciante (relativas a los criterios o calificaciones efectuadas por las entidades de la Administración Pública) como son las segundas instancias o la acción contenciosa administrativa ante el Poder Judicial. (Resolución 0725-2023/SEL-INDECOPI)

La SEL mantuvo la improcedencia declarada bajo los mismos fundamentos y agregó que el cuestionamiento de la empresa denunciante no estaba centrado en la imposición de una barrera; sino, en

⁸¹ Aprobada por Resolución Directoral 016-2008-EM-DGE.

realidad, en “el hecho de que, al ser considerada por Osinergmin como una empresa distribuidora o suministradora, deba asumir diversas obligaciones que no estarían acordes con la naturaleza jurídica de su actividad”.

Un caso análogo, en parte, es el concluido bajo la Resolución 0353-2022/SEL-INDECOPI, mediante la cual la SEL analizó la denuncia de un concesionario de servicios públicos de telecomunicaciones por una presunta barrera consistente en la exigencia de cumplir con indicadores de calidad en zonas donde ya no existía cobertura declarada por la denunciante, materializada en la Resolución 00192-2021-GG/OSIPTEL. La denunciante sustentó su denuncia, entre otros aspectos, en que el Osipitel no podía supervisar ni plantear exigencias vinculadas a los indicadores de calidad en zonas en las cuales las empresas operadoras hubiesen declarado el retiro de su cobertura; por ejemplo, en base a un compromiso de mejora previo. Por tanto, la exigencia denunciada, iba en contra de dispositivos legales como el Reglamento de Cobertura⁸² o el Reglamento de Calidad⁸³ aplicables a las empresas operadoras.

La SEL, por su parte, reiteró que sus competencias le impedían conocer: (i) si una entidad evaluó de manera correcta o no los documentos presentados por un administrado que solicita una autorización, o (ii) si un acto administrativo emitido por una entidad de la Administración Pública se encuentra viciado, entre otros.

Para la SEL, la denunciante pretendía, en realidad, que se evalué si los compromisos de mejora suscritos le habían facultado a retirar cobertura en los centros poblados y quedar eximida de la obligación de cumplir con los indicadores de calidad. La SEL argumentó que ello supondría cuestionar el sustento de la decisión contenida en la Resolución 00192-2021-GG/OSIPTEL, lo que, para la SEL, “implicaría cuestionar la motivación de dicho pronunciamiento y que se examine el análisis y la motivación que efectuó [la] entidad para determinar que la denunciante cometió una infracción por incumplir con lo dispuesto en el Reglamento de Calidad” (Resolución 0353-2022/SEL-INDECOPI). La SEL, concluyó que no resultaba competente para revisar la decisión técnica del órgano competente del Osipitel, en el presente caso, la Gerencia General.

D. Cuestionamientos tarifarios

Son varios los procedimientos en los que la SEL ha declarado improcedentes denuncias contra los factores o las metodologías de cálculo tarifario aprobadas por los organismos reguladores al considerar que los cuestionamientos contra las normas que regulan el cálculo respectivo están excluidos de la evaluación por el literal d) del artículo 3 del Decreto Legislativo 1256⁸⁴.

La Resolución 0063-2023/SEL-INDECOPI expone la denuncia de un club campestre por el cálculo de la ‘Tarifa por el Servicio de Monitoreo y Gestión de aguas subterráneas’, materializada en los Anexos 1,2,3 de la Resolución 056-2017-SUNASS-CD y aplicada en una serie de recibos cuestionados por el denunciante⁸⁵.

El denunciante alegó que no cuestionaba la obligación de pagar la tarifa, pero sí la omisión de criterios legales por parte de la Sunass durante la elaboración de la metodología respectiva, incluyendo los factores de cálculo previstos en el Decreto Legislativo 1185 y la Resolución 007-2016-SUNASS-CD. Por su parte, la SEL declinó revisar el caso por considerar que el denunciante buscaba que en el procedimiento se evalúe la legalidad y razonabilidad de la tarifa antes que un acto o norma que reuniese las condiciones de barrera burocrática.

La posición de la SEL se aleja de pronunciamientos previos, como la Resolución 0098-2016/SDC-INDECOPI, previa a la aprobación del Decreto Legislativo 1256, en la que evaluó el fondo de un cuestionamiento a la metodología de cálculo del canon por el uso del espectro radioeléctrico para servicios públicos móviles. En dicho caso se evaluó, no obstante, la carencia de razonabilidad y no la falta de legalidad de la norma (al no haber acreditado el Ministerio de Transportes y Comunicaciones la proporcionalidad del método de cálculo de canon ni otras alternativas menos gravosas).

Actualmente, es indudable que en la mayoría de expedientes, la SEL interpreta de forma amplia la excepción del literal d) del artículo 3 del Decreto Legislativo 1256 para no incluir bajo su alcance denuncias que puedan interpretarse como cuestionamientos a la forma de determinación o cuantía de una tarifa.

⁸² Aprobado por Resolución de Consejo Directivo 135-2013-CD-OSIPTEL.

⁸³ Cuya versión vigente al presentar la denuncia era la aprobada por la Resolución 123-2014-CD-OSIPTEL.

⁸⁴ Véase por ejemplo las resoluciones 0655-2024/SEL-INDECOPI, 150-2020/SEL y 151-2020/SEL.

⁸⁵ También se puede citar como caso análogo el expediente que culminó en la Resolución 0100-2020/SEL-INDECOPI.

La posición adoptada, se extiende también al cobro de conceptos que componen las tarifas. En la Resolución 0152-2020/SEL-INDECOPI, la SEL evaluó la denuncia de una empresa de distribución de gas natural por red de ductos por el cobro de un derecho de conexión complementario contenido en el literal b) del artículo 8, el segundo párrafo del numeral 15.1 del artículo 15 y el numeral 46.10 del artículo 46 de la Resolución 054-2016-OS-CD que aprobó las ‘Condiciones Generales del Servicio de Distribución de Gas Natural y de la Aplicación de las Tarifas al Usuario Final’.

Durante su análisis, la SEL indicó que el pago del derecho equivalía a:

La diferencia entre el derecho de conexión inicialmente asignado y el derecho de conexión adquirido por el exceso de aquel; y, que, por ende, tiene naturaleza tarifaria en tanto constituye uno de los criterios que determina la Tarifa Única de Distribución de gas natural en la concesión de Lima y Callao. (Resolución 0152-2020/SEL-INDECOPI)

Por tanto, no cabía analizar las condiciones de su imposición al no calificar “como una barrera burocrática que pueda ser conocida por la Comisión y la Sala, en los términos de los artículos 3 y 6 del Decreto Legislativo 1256”.

Igualmente, en el caso de la Resolución 0646-2024/SEL-INDECOPI, la SEL declaró improcedente una denuncia por la presunta imposición de la exigencia de incluir el cargo de alumbrado público en la variable “D” del recargo para financiar el Fondo de Inclusión Social Energético (FISE), ya que analizar la exigencia cuestionada implicaría “evaluar la legalidad y/o razonabilidad de uno de los factores que determinan la tarifa denominada recargo del Fondo de Inclusión Social Energético que se factura a los usuarios libres”, supuesto que la SEL considera excluido del ámbito de aplicación del Decreto Legislativo 1256.

E. Cuestionamientos a la potestad fiscalizadora o sancionadora

Como se vio en los pronunciamientos antes citados, la SEL considera que no es competente para analizar denuncias vinculadas al ejercicio de la potestad de fiscalización o sanción de los reguladores. A través de la Resolución 0412-2023/SEL-INDECOPI, la SEL evaluó la denuncia de una empresa minera por la imposición de una barrera consistente en la exigencia de presentar reportes semanales de la inspección de las condiciones de seguridad del depósito de relaves y la exigencia de presentar el reporte de la interpretación del

monitoreo geotécnico del depósito de relaves, ambos según dos formatos específicos, conforme al requerimiento de dos oficios remitidos por el Osinergmin.

La denunciante sostuvo, entre otros, que las exigencias no estaban destinadas a verificar el cumplimiento de una obligación prevista en una disposición legal o técnica vigente, sino a crear una nueva obligación y que ello no podía considerarse un supuesto de función supervisora del Osinergmin. Adicionalmente alegó que el regulador no contaba con habilitación legal para exigir las medidas denunciadas.

La SEL, por su parte, declaró improcedente la denuncia y reiteró que solo podía analizar todo aquello que tuviese efecto restrictivo o genere costo a las empresas y que tenga como finalidad “la regulación de una actividad económica en cuanto a su acceso o permanencia, o que puedan afectar a administrados en la tramitación de procedimientos administrativos sujetos a las normas y/o principios que garantizan la simplificación administrativa” (Resolución 0412-2023/SEL-INDECOPI); ello, en ejercicio de la libertad de empresa y de iniciativa privada.

Agregó, la SEL, que los requerimientos de información en los que se materializaban las barreras formaban parte de la actividad de fiscalización desplegada por la División de Supervisión de Gran Minería del Osinergmin, en el marco de su función supervisora. Para la SEL, la supervisión o fiscalización no es un procedimiento administrativo, sino una actividad destinada a verificar;

[...] el cumplimiento de las obligaciones, prohibiciones y otras limitaciones exigibles a los administrados, derivados de una norma legal o reglamentaria, contratos con el Estado u otra fuente jurídica, bajo un enfoque de cumplimiento normativo, de prevención del riesgo, de gestión del riesgo y tutela de los bienes jurídicos protegidos” y que además “no finaliza en todos los casos con un acto administrativo de gravamen. (Resolución 0412-2023/SEL-INDECOPI)

En referencia concreta a las barreras denunciadas, la SEL concluyó que estas;

Se enmarcan en la actividad de fiscalización llevada a cabo por el Osinergmin; y [...], fueron solicitadas únicamente para verificar el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas referidas a seguridad de la infraestructura, sus instalaciones y la gestión de seguridad de sus operaciones respecto de los depósitos de relaves de la denunciante. En tal sentido, no

se tratan de exigencias necesarias para que la denunciante inicie o continúe con el desarrollo de su actividad económica. (Resolución 0412-2023/SEL-INDECOPI)

La SEL consideró, además, que los oficios que contenían las barreras no calificaban como órdenes o medidas administrativas y que, por tanto, al ser producto de la potestad de fiscalización, los requerimientos de información no constituían exigencias que condicionasen las actividades económicas del denunciante o tuvieran incidencia en la tramitación de un procedimiento administrativo. Esta situación determinó, entonces, la improcedencia de la denuncia.

Más allá del encaje normativo de una pretensión de esta naturaleza, el riesgo de asumir, casi de forma general, que los requerimientos de información y otros pedidos en el marco de las fiscalizaciones no constituyen exigencias que limiten las operaciones en el mercado, es desconocer que un requerimiento de información o de otra naturaleza puede encerrar obligaciones no previstas por la normativa (ilegales) pero que, además, también puede afectar el desempeño en el mercado. Esto se debe, entre otros, a que la producción de información destinada al regulador muchas veces es costosa o compleja, pues requiere de formatos específicos, procesamiento de datos o incluso selección y muestreos que incrementan significativamente los costos y que luego impactan en la capacidad competitiva de algunas empresas.

Fuera de los tópicos cuestionados, un aspecto que no puede perderse de vista en el análisis jurisprudencial de las recientes denuncias contra los organismos reguladores –y que ciertamente es consustancial a toda estrategia que involucre enfrentar medidas inminentes aprobadas por la Administración– es que la necesidad de tutela de urgencia trae consigo un riesgo constante de suspensión de los procedimientos iniciados en la sede del Indecopi. Dado que las empresas proveedoras de servicios regulados carecen muchas veces de la predictibilidad suficiente para anticipar resultados ante la CEB o la SEL, la presentación de demandas judiciales –principalmente amparos o acciones

populares– en paralelo al inicio de denuncias ante la CEB, es una circunstancia común. Esto detona a su vez la posibilidad de suspensión de los procedimientos administrativos en aplicación del artículo 65 del Decreto Legislativo 807⁸⁶.

La primacía de la sede judicial sobre las propias competencias jurisdiccionales del Indecopi está vinculada a la configuración de la prejudicialidad, entendida esta figura como la sujeción de la autoridad administrativa –y de las materias que resuelve– a las causas pendientes judiciales, conforme al artículo 139.2 de la Constitución Política del Perú⁸⁷.

En estricto, los cuestionamientos a nivel judicial suelen proteger derechos constitucionales y en parte es por lo mismo que no deberían colisionar con los derechos legales o económicos tutelados ante el Indecopi; no obstante, la probabilidad de que a criterio del Indecopi se configuren supuestos de identidad sujetos, petitorio y fundamentos (circunstancia que justifica la suspensión) es usual. Esto se vio, por ejemplo, en el marco de caso evaluado bajo la Resolución 0726-2023/SEL-Indecopi, en la cual la SEL decidió suspender un procedimiento iniciado por una empresa operadora de telecomunicaciones que buscaba inaplicar como barreras burocráticas algunas exigencias impuestas por el Osiptel y que previamente había iniciado un proceso de amparo.

Así también, aunque no involucra organismos reguladores, es ampliamente conocida la suspensión de los centenares de procedimientos en los que se denunció como barrera burocrática la prohibición de tercerizar actividades pertenecientes al núcleo del negocio contenida en el Decreto Supremo 001-2022-TR⁸⁸. Los procedimientos de barreras respectivos fueron suspendidos por la SEL precisamente a raíz de una demanda de acción popular que fue impuesta contra la misma norma reglamentaria.

La situación descrita puede tener impacto en la resolución de pretensiones de los denunciantes, ya que la ausencia de tutela administrativa, al menos a corto plazo, no supone necesariamente contar una protección efectiva desde la sede judicial.

⁸⁶ El artículo citado establece que “los órganos funcionales de Indecopi suspenderán la tramitación de los procedimientos que ante ellos se siguen sólo en caso de que, con anterioridad al inicio del procedimiento administrativo, se haya iniciado un proceso judicial que verse sobre la misma materia, o cuando surja una cuestión contenciosa que, a criterio del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual o de la Comisión u Oficina respectiva, precise de un pronunciamiento previo sin el cual no puede ser resuelto el asunto que se tramita ante Indecopi” (1996).

⁸⁷ Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: [...]La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones (1993).

⁸⁸ Decreto Supremo que modifica el Decreto Supremo 006-2008-TR, que aprueba el Reglamento de la Ley 29245 y del Decreto Legislativo 1038, que regulan los servicios de tercerización (2022).

Finalmente, puede argumentarse que la usual confirmación de las resoluciones de la SEL en la vía judicial sería una muestra de que los resultados o la evaluación del Indecopi es habitualmente apegada a derecho. Esta asunción debería tomarse con pinzas debido a la deferencia del Poder Judicial hacia Indecopi, pero sobre todo porque el marco normativo actual, que aplica el Poder Judicial en sus revisiones, está condicionado por las exclusiones del Decreto Legislativo 1256. Es decir, un cuestionamiento que ya está encausado por la vía de barreras burocráticas tendrá probablemente los mismos condicionamientos en la vía judicial que lleven a una declaración de improcedencia o infundada, sin que eso conceda necesariamente legalidad o razonabilidad a la decisión regulatoria. Por ello solo cabría analizar el resultado a la luz de una comparación con lo resuelto en una vía paralela como un amparo o una acción popular.

VI. A FUTURO: ¿CÓMO EFECTIVIZAR EL CONTROL SOBRE LOS REGULADORES DESDE LAS BARRERAS BUROCRÁTICAS?

Más allá de compartir o no el criterio resolutivo de la SEL, se observa una tendencia del Indecopi a dejar sin analizar, a fondo, amplios cuestionamientos contra decisiones y medidas aprobadas por los organismos reguladores. Esto es a consecuencia de los cerrojos puestos por el Decreto Legislativo 1256 y la jurisprudencia del Indecopi, que pretenden equilibrar la tutela sobre derechos económicos con el respeto a las competencias legales otorgadas a las entidades públicas, además de los principios constitucionales que regulan la independencia de las entidades y las atribuciones jurisdiccionales involucradas.

Sin embargo, las múltiples denuncias y pretensiones no resueltas evidencian que existe un problema anclado en los criterios técnicos, jurídicos y el ejercicio de las competencias y discrecionalidad por parte de los organismos reguladores, sobre todo con relación a restricciones y requerimientos impuestos. La especialización y las múltiples funciones asignadas convierten a los organismos reguladores en entidades con un amplio poder sobre los sectores que supervisan. Este poder, que goza de una amplia deferencia por parte del Indecopi y del Poder Judicial, resulta aún más necesario de cautelar por el hecho de que la autonomía de los organismos reguladores puede ser permeable eventualmente ante la injerencia política o las presiones de la sociedad civil.

Son necesarios, por tanto, mecanismos o herramientas que contribuyan a que las actuaciones de

los organismos reguladores tengan un control más efectivo. En dicho escenario, el sistema de barreras burocráticas resulta idóneo, en términos procedimentales, para proteger a los agentes económicos ante exigencias, restricciones y prohibiciones que no guardan relación con finalidades proporcionalmente más beneficiosas. Pero, dadas las limitaciones descritas, la estructura actual requiere de cambios que permitan una revisión más profunda de las medidas impuestas por los reguladores, sin contradecir el principio de competencia excluyente ni afectar su independencia.

Estas alternativas deben ser pensadas de forma mucho más detallada, con un análisis costo-beneficio y de impacto que analice todos los factores involucrados. Cada modificación diseñada, deberá ponderar resultados positivos y efectos concretos para encontrar una situación de equilibrio en comparación a la situación actual. En ello, será de suma importancia determinar el actual impacto negativo —de la falta de un control completo sobre los organismos reguladores— sobre las empresas reguladas. Pero aun, si se requiere de sucesivas y complejas evaluaciones a mediano y largo plazo, de momento se pueden plantear algunas ideas para abordar el problema.

Primero, es posible plantear modificaciones en el Decreto Legislativo 1256 que tengan por objeto eliminar ciertas exclusiones o delimitar los alcances del artículo 3, a fin de que los órganos de eliminación de barreras burocráticas puedan también conocer cuestionamientos que involucren el ejercicio de la potestad fiscalizadora, sancionadora o el ejercicio de competencias a nivel de tarifas. En paralelo, podría trabajarse una redefinición del concepto de barrera burocrática para superar la actual concepción que excluye medidas como las impuestas fuera de procedimientos administrativos o medidas cuyos efectos no pueden medirse en términos de restricciones de operación en el mercado.

Asimismo, en más de una ocasión se ha sugerido incluso que podría eliminarse el derecho de las entidades públicas a impugnar las decisiones de la CEB o la SEL que declaren la existencia de barreras burocráticas ilegales o carentes de razonabilidad.

La alternativa descrita es positiva solo en parte, porque, en aplicación del principio de competencia excluyente y las reglas que acompañan a un sistema de control jurisdiccional ideal, el Indecopi en la actualidad no cuenta con suficiente autonomía ni independencia real⁸⁹ para controlar competencias que, hasta el momento, solo pueden ser ob-

⁸⁹ Bajo el actual marco normativo, principalmente el dispuesto por la Ley 25868, el Indecopi está adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros. Así también, el Consejo Directivo del Indecopi es nombrado por el Poder Ejecutivo.

jeto de control total en la sede judicial (salvo una reforma constitucional profunda que elimine el control judicial sobre las decisiones de Indecopi).

Por lo mismo, como segunda opción, se puede plantear la conversión de Indecopi o, en su defecto, de los órganos de eliminación de barreras burocráticas, en un organismo constitucionalmente autónomo, que pueda encargarse de la evaluación de las denuncias desde una sede que les conceda independencia completa absoluta respecto del Poder Ejecutivo⁹⁰ o el Poder Judicial.

Incluso, se ha sugerido anteriormente, que los órganos resolutivos del Indecopi deberían ser investidos expresamente como tribunales con funciones jurisdiccionales cuyas decisiones solo podrían estar sujetas a la revisión de un tribunal supremo especializado en lo contencioso administrativo como el Consejo de Estado de Colombia⁹¹.

Pese a que la segunda alternativa contendría resultados deseables, podría añadirse una tercera opción de reforma con un mayor —y ambicioso— impacto. Dado que, bajo nuestra Constitución, y en línea con la tradición jurídica occidental el Poder Judicial es el encargado de asumir el control completo de los actos, actuaciones y normas de la Administración, sería recomendable y eficiente que, a largo plazo, dicha institución recupere sus facultades como evaluador y supresor de las barreras burocráticas ilegales y carentes de razonabilidad.

Esto solo sería posible, claro está, si se puede construir un Poder Judicial sólido, competente y flexible, aspiración de larga data que no ha sido solucionada durante décadas. Sin embargo, el experimento positivo del Indecopi muestra que pueden crearse órganos especializados que, con formación técnica, recursos y un marco normativo adecuado, respondan a la tutela requerida por los agentes económicos.

Si el Poder Judicial pudiese recibir el conocimiento y experiencia del Indecopi, se podrían plantear procesos o mecanismos específicos de tutela que repliquen la vía de barreras burocráticas a nivel judicial, además de la formación necesaria para los jueces especializados. En tal escenario, el control estaría enfocado sobre todas las medidas impuestas por las entidades públicas, especialmente los

organismos reguladores, considerando una concepción amplia del concepto de barreras burocráticas. Dicho sistema, permitiría, **por ejemplo, la evaluación de actos administrativos que no agoten la vía previa y al mismo tiempo el análisis de todos los fundamentos de los reguladores, desde la motivación hasta la proporcionalidad de sus decisiones. Ello, nuevamente, sin negar la discrecionalidad ni capacidad técnica asociadas.**

En adición, otra ventaja comparativa de una vía especializada en la sede judicial, estaría relacionada con la eliminación de la secuencia de vías previas. De este modo, siendo actualmente el juez la última autoridad en conocer una pretensión ante el Indecopi y existiendo un largo camino hasta la materialización de una sentencia firme, se buscaría acortar los pasos para obtener una tutela definitiva en un tiempo mucho menor.

Como beneficio adicional, incorporar una vía específica, con un tipo de jueces especializados adicionales, constituiría un modelo e incentivo a largo plazo para la mejora global del Poder Judicial como institución, incluyendo a juzgados civiles, penales, entre otros. Los potenciales resultados y la presión propia de los agentes económicos, tanto a nivel político como judicial, llevarían a que se diseñen estrategias para mantener y optimizar el sistema judicial en conjunto⁹².

Por su parte, la CEB, fusionada con la SEL, podría redefinirse como un órgano fiscalizador que centraría sus funciones en el control de la imposición de barreras burocráticas y la promoción de la eliminación voluntaria de las mismas. Además, la CEB utilizaría sus recursos y especialización para promover la educación y concientización respecto a las libertades económicas y la regulación inteligente (abogacía), a fin de que las entidades equilibren la protección de los ciudadanos con el desarrollo económico.

La concreción de la alternativa descrita, ahora mismo, resulta lejana, pero partiendo de la necesidad de que se cuenten con mejores mecanismos para dinamizar los sectores regulados y que la reforma del Poder Judicial es una condición esencial para la mejora del país, en el largo plazo es posible que se plantee como parte de la agenda —y la voluntad— política.

⁹⁰ Velásquez (2020, p. 112).

⁹¹ Ochoa (2013, p. 442).

⁹² Hace 22 años Alejandro Falla adelantaba que una de las desventajas de la creación de los organismos reguladores era que habían desincentivado las necesarias reformas estructurales al Poder Judicial puesto que: (i) habían consumido amplios recursos y (ii) porque habían otorgado soluciones (seguridad jurídica) que a corto plazo redujeron la presión sobre el Gobierno por parte de los agentes económicos (2003, p. 177).

No olvidemos que la creación del Indecopi parte de una solución transitoria⁹³ enfocada en extraer competencias del ámbito del Poder Judicial para responder a una situación excepcional que requería de medidas urgentes para dinamizar la economía y proteger a los inversionistas y agentes de producción. La reforma judicial es, entonces, solo el siguiente paso de un camino iniciado hace más de 30 años.

VII. REFLEXIONES FINALES

El sistema jurídico peruano, aunado a la configuración democrática de nuestras instituciones, propugna la jurisdicción del Poder Judicial como espacio de control de las decisiones de la Administración Pública. No obstante, las debilidades de nuestro Poder Judicial derivaron en la creación del Indecopi como entidad especializada que, entre otras funciones, asumió la defensa de los agentes privados ante las medidas que supusieran una amenaza contra sus derechos económicos y la competitividad en el mercado.

El sistema de eliminación de barreras burocráticas, tutelado por la CEB y la SEL, se ha convertido en un mecanismo esencial para controlar actos, actuaciones, omisiones y normas emitidas por las entidades públicas que no se apegan a las leyes ni revisten visos mínimos de razonabilidad. Pese a lo anterior, la propia configuración del marco legal contenido en el Decreto Legislativo 1256, además de los criterios resolutivos de los órganos del Indecopi y la naturaleza de la jurisdicción administrativa, limitan los escenarios de control sobre las medidas impuestas por los organismos reguladores.

Manteniendo los rasgos centrales del sistema, es posible plantear reformas que lleven a que el Indecopi asuma mayores herramientas en su control de los organismos reguladores. En su defecto, la alternativa globalmente más beneficiosa está vinculada a la recuperación, desde la sede judicial, de las competencias de control asignadas a la CEB y la SEL, junto a una mejora general de la institución judicial. En dicho caso, el control judicial pleno y optimizado sería más efectivo, en términos de limitación a los poderes y arbitrariedades de los organismos reguladores.

El éxito del Indecopi es, en parte, el fracaso del Poder Judicial. Y, en cierto modo, ningún país puede desarrollarse plenamente sin órganos jurisdiccionales sólidos. El debate está planteado. 

CONFLICTO DE INTERESES

El autor declara expresamente que no existen conflictos de intereses que hayan influido en la elaboración, evaluación ni publicación del presente artículo.

FUENTES DE FINANCIACIÓN

El autor declara que no ha recibido financiamiento externo para la realización de la presente investigación.

ESTÁNDARES ÉTICOS

El autor manifiesta que esta investigación ha sido desarrollada conforme con los principios y estándares éticos aplicables a la labor académica e investigativa.

REFERENCIAS

- Avendaño, J. & Zumaeta, F. (2011). El que no cae, no tiene que resbalar en el Poder Judicial: Las barreras burocráticas y el procedimiento administrativo. *Revista Ius et Veritas*, 43, 208-229. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iu-setveritas/article/view/12062>
- Bamzai, A. (2017). The Origins of Judicial Deference to Executive Interpretation. *The Yale Law Journal*, 126(4). 2017, 908-1241. <https://www.yalelawjournal.org/article/the-origins-of-judicial-deference-to-executive-interpretation>
- Berger, G. (2017). Nationwide Injunctions Against the Federal Government: A Structural Approach. *New York University Law Review*, 92(4), 1068-1106. <https://nyulawreview.org/wp-content/uploads/2018/08/NYULawReview-92-4-Berger.pdf>
- Betancor, A. (2010). *Regulación: Mito y Derecho: Desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos*. Thomson Reuters.
- Cassagne, J. (2016). *El Principio de Legalidad y el Control Judicial de la Discrecionalidad Administrativa*. Editorial B de F.
- Coglianesi, C. & Walters, D. (2025). *The great unsettling: Administrative Governance after Loper Bright*. *Administrative Law Review*, 77, 1-64. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.5046620>
- Davis Noll, B. (2023). Tired of Winning: Judicial Review of Regulatory Policy in the Trump Era.

⁹³ Rodríguez (2024, p. 146).

- Administrative Law Review*, 78, 353-419. https://administrativelawreview.org/wp-content/uploads/sites/2/2021/10/ALR-73.2_Davis-Noll.pdf
- De la Riva, I. (2023). Control judicial de la actividad sancionadora. En *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Dr. Augusto Durán Martínez* (p. 1387). Fundación de Cultura Universitaria.
- Del Guayo, I. (2017). *Regulación*. Marcial Pons.
- Esteve Pardo, J. (2020). *Principios de derecho regulatorio: servicios económicos de interés general y regulación de riesgos*. Marcial Pons.
- Falla, A. (2003). Las nuevas agencias reguladoras: Ni muy muy...ni tan tan. *Revista Ius et Veritas*, (27), 169-178. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16267>
- Fernández Ramos, S. (2002). *La actividad administrativa de inspección*. Editorial Comares.
- Huapaya, R. (2019). *El Proceso Contencioso-Administrativo*. Fondo Editorial PUCP.
- Huq, A. (2004). *Summary of papers on constitutional courts and judicial review*. Nueva York.
- Instituto de Estudios Peruanos [IEP] (2024). Informe de opinión julio 2024 (informe parcial). <https://iep.org.pe/wp-content/uploads/2024/07/IEP-Informe-de-opinion-julio-2024-informe-parcial-v2.pdf>
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI). (13 de febrero de 2023). *Balance 2022: Poder Judicial ratificó en más de 95% las resoluciones del Indecopi*. Plataforma Digital Única del Estado Peruano. <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/noticias/727311-balance-2022-poder-judicial-ratifico-en-mas-de-95-las-resoluciones-del-indecopi>
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [INDECOPI]. (8 de enero de 2025). *El Indecopi logró la eliminación voluntaria de 2200 barreras burocráticas en regiones por parte de 45 entidades públicas*. Plataforma Digital Única del Estado Peruano. <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/noticias/727311-balance-2022-poder-judicial-ratifico-en-mas-de-95-las-resoluciones-del-indecopi>
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [INDECOPI]. (15 de abril de 2025). *En el último quinquenio Indecopi eliminó más de 26 000 barreras burocráticas generando un ahorro de 873.6 millones de soles*. Plataforma Digital Única del Estado Peruano. <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/noticias/727311-balance-2022-poder-judicial-ratifico-en-mas-de-95-las-resoluciones-del-indecopi>
- Laguna de Paz, J. (2022). *Tratado de Derecho Administrativo General y Económico*. Thomson Reuters.
- Martin, R. (2011). El Concepto de Entidad Pública en el Ordenamiento Jurídico Peruano y su Incidencia en el Régimen de Organización de la Administración Pública. *Revista Derecho & Sociedad*, (36), 103-119. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/13218>
- Martin, R. (2016). El Control Jurisdiccional de la Actuación de los Organismos Reguladores: Balance Crítico de la Experiencia Peruana. *Revista de Derecho Administrativo*, (16), 27-60. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16291>
- Mathis, K. (2009). *Efficiency instead of justice? Searching for the philosophical foundations of economic analysis of law*. Springer.
- Maurer, H. (2011). *Derecho Administrativo: Parte General*. Editorial Marcial Pons.
- Mayton, W. (1980). The legislative resolution of the rulemaking versus adjudication problem in agency lawmaking. *Duke Law Journal*, 103, 103-136. <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2732&context=dlj>
- Merrill, T. (2022). *The Chevron Doctrine: Its Rise and Fall, and the Future of the Administrative State*. Harvard University Press.
- Montaña, A. (2010). *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Universidad Externado de Colombia.
- Navarro, R. (2017). *La motivación de los actos administrativos*. Editorial Aranzadi.
- Nieto, A. (2002). *Derecho Administrativo Sancionador* (3era ed.). Tecnos.
- Ochoa Cardich, C. (2013). El control de barreras burocráticas por el Indecopi y la tutela de derechos fundamentales económicos. *Revista Derecho PUCP*, (71), 413-442. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201302.015>

- Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones [OSIPTEL]. (s.f.). *Memorias anuales*. Plataforma Digital Única del Estado Peruano. <https://www.gob.pe/institucion/osiptel/colecciones/1366-memorias-anuales>
- Organización Para la Cooperación y Desarrollo Económico [OECD] (2012). *La Evaluación de Leyes y Regulaciones: El Caso de la Cámara de Diputados de Chile*, OECD Publishing. <https://doi.org/10.1787/9789264176362-es>.
- Pérez Alonso, J. (2011). ¿El ocaso de Chevron?: auge y fracaso de la doctrina de la deferencia judicial hacia el ejecutivo. *Revista de Administración Pública*, 325-348. <https://recyt.fecyt.es/index.php/RAP/article/view/40455>
- Quiroga, A. (1997). El control constitucional de las barreras burocráticas y las facultades del INDECOPI. *Revista Derecho PUCP*, (58), 323-352. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.199701.013>
- Rodríguez Gamero, M. (2024). *La profesión jurídica ante las reformas estructurales. Una aproximación ecológica en la tarea de eliminar barreras burocráticas*. Fondo Editorial PUCP.
- Rodríguez-Arana, J. (2012). Sobre el derecho fundamental a la buena administración y la posición jurídica del ciudadano. *Revista de Derecho Administrativo & Constitucional*, 12(47), 13-50. <https://doi.org/10.21056/aec.v12i47.188>
- Rose-Ackerman, S. (1992). Judicial Review and the Power of the Purse. *International Review of Law and Economics*, 12, 191-208.
- Rose-Ackerman, S. & Jordão, E. (2014). Judicial review of executive policymaking in advanced democracies: beyond rights review. *Administrative Law Review*, 1-72. <https://core.ac.uk/download/pdf/72837395.pdf>
- Rozansky, J. (2018). Waiving Chevron. *The University of Chicago Law Review*, 85. <https://lawreview.uchicago.edu/print-archive/waiving-chevron>
- Sánchez Maluf, M. (2003). Derecho Romano y Common Law. *Anuario de Derecho Civil*, (6), 287-297.
- Sunstein, C. R. (2019). Chevron as law. *Georgetown Law Journal*, 107, 1615-1641. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3263831>
- Velásquez, R. (2020). El INDECOPI como organismo constitucional autónomo: razones sobre el proyecto de modificación constitucional. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (78), 91-115. <https://doi.org/10.18800/themis.202002.005>
- Waldron, J. The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, 115, 1346-1486.
- Williams, R. (2022). Jurisdiction as Power. *The University of Chicago Law Review*, 89, 1719-1792. <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6313&context=uclrev>

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Constitución Política del Perú [Const.] (1993).

Decreto Legislativo 1033, Decreto Legislativo que aprueba la ley de organización y funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI, 24 de junio de 2008 (Perú).

Decreto Legislativo 1256, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas, Diario Oficial *El Peruano*, 8 de diciembre de 2016 (Perú).

Decreto Legislativo 1185, Decreto Legislativo que Regula el Régimen Especial de Monitoreo y Gestión de Uso de Aguas Subterráneas a cargo de las entidades prestadoras de servicios de saneamiento, Diario Oficial *El Peruano*, 16 de agosto de 2015 (Perú).

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, 24 de noviembre de 1992 (Perú).

Decreto Supremo 001-2022-TR, Decreto Supremo que modifica el Decreto Supremo 006-2008-TR, que aprueba el Reglamento de la Ley 29245 y del Decreto Legislativo 1038, que regulan los servicios de tercerización, Diario Oficial *El Peruano*, 23 de febrero de 2022 (Perú).

Decreto Supremo 011-2019-JUS, Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley 27584 - Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, Diario Oficial *El Peruano*, 4 de mayo de 2019 (Perú).

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi], 3 de mayo de 2010, Resolución 1535-2010/SC1-INDECOPI (Perú).

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi], 2 de mayo de 2018, Resolución 0116-2018/SEL-INDECOPI (Perú).

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi], 18 de agosto de 2023, Resolución 0412-2023/SEL-INDECOPI (Perú).

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi], 24 de agosto de 2020, Resolución 0152-2020/SEL-INDECOPI (Perú).

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi], 19 de febrero de 2016, Resolución 0098-2016/SDC-INDECOPI (Perú).

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi], del 17 de febrero de 2023, Resolución 0063-2023/SEL-INDECOPI (Perú).

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi], 18 de junio de 2020, Resolución 0100-2020/SEL-INDECOPI (Perú).

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi], 22 de noviembre de 2024, Resolución 0655-2024/SEL-INDECOPI (Perú).

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi], 24 de agosto de 2020, Resolución 150-2020/SEL (Perú).

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi], 24 de agosto de 2020, Resolución 151-2020/SEL (Perú).

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi], 30 de septiembre de 2022, Resolución 0353-2022/SEL-INDECOPI (Perú).

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi], 24 de noviembre de 2023, Resolución 0725-2023/SEL-INDECOPI (Perú).

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi], 7 de enero de 2020, Resolución 0005-2020/SEL-INDECOPI (Perú).

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi], 22 de abril de 2022, Resolución 0154-2022/SEL-INDECOPI (Perú).

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi], 21 de diciembre de 2022, Resolución 0451-2022/SEL-INDECOPI (Perú).

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi], 11 de abril de 2022, Resolución 0125-2022/SEL-INDECOPI (Perú).

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi], 16 de noviembre de 2021, Resolución 0660-2021/SEL-INDECOPI (Perú).

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi], 20 de julio de 2016, Resolución 0388-2016/SDC-INDECOPI (Perú).

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi], 26 de julio de 2006, Resolución 1151-2006/TDC-INDECOPI (Perú).

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi], 18 de mayo de 2011, Resolución 1023-2011/SC1-INDECOPI (Perú).

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi], 9 de septiembre de 2013, Resolución 1505-2013/SDC-INDECOPI (Perú).

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi], 27 de julio de 2021, Resolución 0505-2021/SEL-INDECOPI (Perú).

Ley 26971, Ley que autoriza al Ministerio de Justicia a culminar el concurso público de méritos para el ingreso a la función notarial, Diario Oficial *El Peruano*, 8 de septiembre de 1998 (Perú).

Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de Servicios Públicos, Diario Oficial *El Peruano*, 29 de julio de 2000 (Perú).

Ley 31307, Nuevo Código Procesal Constitucional, Diario Oficial *El Peruano*, 23 de julio de 2021 (Perú).

Ley Marco de los Organismos Reguladores de Servicios Públicos, Diario Oficial *El Peruano*, 29 de julio de 2000 (Perú).

Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones [Osiptel], 6 de diciembre de 2018, Resolución del Consejo Directivo 266-2018-CD-OSIPTEL (Perú).	2015, Resolución de Consejo Directivo 306-2015- OS-CD (Perú).
Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones [Osiptel], 10 de octubre de 2014, Resolución del Consejo Directivo 123-2014-CD-OSIPTEL (Perú).	Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería [OSINERGMIN], 29 de abril de 2016, Resolución de Consejo Directivo 099-2016-OS-CD (Perú).
Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones [Osiptel], 26 de septiembre de 2013, Resolución del Consejo Directivo 135-2013-CD-OSIPTEL (Perú).	Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas de Mercado de la Corte Superior de Justicia de Lima, 21 de marzo de 2022, Expediente 07950-2019-0-1801-SP-CA-05 (Perú).
Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones [Osiptel], 15 de junio de 2022, Resolución del Consejo Directivo 00192-2021-GG/OSIPTEL (Perú).	Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 29 de agosto de 2023, Casación 16514-2022-Lima (Perú).
Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería [OSINERGMIN], 18 de octubre de 2011, Resolución del Consejo Directivo 191-2011-OS/CD (Perú).	Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, Casación 24932-2021-Lima (Perú).
Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería [OSINERGMIN], 25 de abril de 2013, Resolución del Consejo Directivo 063-2013-OS/CD (Perú).	Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, Casación 19506-2021-Lima (Perú).
Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería [OSINERGMIN], 15 de marzo de 2016, Resolución de Consejo Directivo 054-2016-OS-CD (Perú).	Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento [Sunass], 24 de noviembre de 2017, Resolución de Consejo Directivo 056-2017-SU-NASS-CD (Perú).
Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería [OSINERGMIN], 24 de mayo de 2008, Resolución del Consejo Directivo 016-2008-EM-DGE (Perú).	Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento [Sunass], 24 de noviembre de 2017, Resolución de Consejo Directivo 057-2017-SU-NASS-CD (Perú).
Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería [OSINERGMIN], 15 de junio de 2017, Resolución de Consejo Directivo 115-2017-OS-CD (Perú).	Tribunal Constitucional [T.C.], 14 de noviembre de 2005, sentencia recaída en el Expediente 03741-2004-AA/TC (Perú).
Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería [OSINERGMIN], 30 de diciembre de	Tribunal Constitucional [T.C.], 25 de agosto de 2010, sentencia recaída en el Expediente 00014-2009-PI/TC (Perú).
	Tribunal Constitucional [T.C.], 25 de julio de 2023, sentencia recaída en el Expediente 01692-2018-PA/TC (Perú).