

MÓDULO INSTRUCCIONAL: "ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS"

Lima, 2019



SERIE MÓDULOS INSTRUCCIONALES 01-2019

ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS

Preparado por:

LUCÍA MARÍA LUNA NEGRÓN



2019

Datos de catalogación bibliográfica

LUNA, Lucía

**SERIE MÓDULOS INSTRUCCIONALES.
01-2019 ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS**

INDECOPI, Lima, 2019.

Área: Ciencias Sociales

Formato: E-book

Páginas: 153

Serie Módulos Instruccionales 01-2019 Eliminación de barreras burocráticas

Copyright © 2019 Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi).

Escuela Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.

Calle De la Prosa N° 104 – San Borja, Lima, Perú. Teléfono: (51-1) 224-7800

Correo electrónico: escuela@indecopi.gob.pe

Síguenos: Indecopi Oficial



Sitio web: www.indecopi.gob.pe

Autora: Lucía María Luna Negrón

Supervisión de la edición: José Purizaca Vega, Director de la Escuela Nacional del Indecopi.

Diseño, diagramación y digitalización e-book: Francesca Lizarzaburu.

Editado en mayo 2019. Segunda edición digital.

ISBN N° 978-9972-664-82-3

E-Book. Esta publicación se puede consultar en:

<http://www.escuela-indecopi.edu.pe/publicaciones>

La versión electrónica permite a los profesionales e interesados en el tema compartir información y material relacionado para mejorar la experiencia de aprendizaje multimedia y el intercambio de conocimientos.

La información contenida en este documento puede ser reproducida, informando al Indecopi y mencionando los créditos y las fuentes de origen respectivas.

Indecopi adopta en sus textos la terminología clásica del masculino genérico para referirse a hombres y mujeres. Este recurso busca dar uniformidad, fluidez y sencillez para la lectura del documento. No disminuye de modo alguno el compromiso institucional en materia de equidad de género.

Las ideas, afirmaciones y opiniones expresadas por la autora son de su exclusiva responsabilidad y no necesariamente reflejan las opiniones del Indecopi.



CONSEJO DIRECTIVO

Ivo Sergio Gagliuffi Piercechi
Presidente

Fernando Martín De la Flor Belaunde
Consejero

Teresa Mera Gómez
Consejera

Hania Pérez de Cuellar Lubienska
Consejera

Lilian del Carmen Rocca Carbajal
Consejera

CONSEJO CONSULTIVO

María Matilde Schwalb Helguero

Catalina Chepa Guzmán Melgar

Lieneke María Schol Calle

Ana Inés Amelia Temple Arciniega

Alberto Nabeta Ito

César Calvo Cervantes

GERENTE GENERAL

Francisco Javier Coronado Saleh

Director de la Escuela Nacional del Indecopi

José Carlos Purizaca Vega



CONTENIDO

| | |
|--|-----------|
| INTRODUCCIÓN | 7 |
| OBJETIVOS | 9 |
| UNIDAD 1: MARCO TEÓRICO-GENERAL EN ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS: Conceptos, definiciones y delimitaciones | 10 |
| <i>Actividad motivadora</i> | 10 |
| Presentación de la Unidad 1 | 12 |
| 1.1. La eliminación de barreras burocráticas y su relación con la protección del "interés público" y del ejercicio de los derechos fundamentales | 13 |
| 1.1.1. El "interés público" | 14 |
| 1.1.2. Los derechos a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa | 15 |
| 1.1.3. El derecho de petición | 23 |
| 1.2. La eliminación de barreras burocráticas en el Perú | 29 |
| 1.2.1. Definición del concepto de "barrera burocrática" | 30 |
| 1.2.2. ¿Quiénes son los afectados por la imposición de una barrera burocrática? | 35 |
| 1.2.3. Supuestos fuera del alcance de la definición de Barrera Burocrática, conforme al ámbito establecido en el Decreto Legislativo N° 1256 | 37 |
| Autoevaluación de la Unidad 1 | 43 |
| Lecturas complementarias | 44 |
| Casos prácticos | 45 |
| Resumen de la Unidad 1 | 47 |
| Bibliografía | 48 |

UNIDAD 2: LA METODOLOGIA DE ANÁLISIS DE UNA BARRERA BUROCRÁTICA Y SU APLICACIÓN PRÁCTICA **51**

| | |
|---|-----------|
| Actividad motivadora | 51 |
| Presentación de la Unidad 2 | 54 |
| 2.1. Nociones generales sobre el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas y su metodología de análisis | 55 |
| 2.2. La evaluación de legalidad de una barrera burocrática | 57 |
| 2.3. La evaluación de razonabilidad de una barrera burocrática | 78 |
| 2.4. Aspectos a evaluarse dentro de la evaluación de razonabilidad de una barrera burocrática | 85 |
| 2.4.1. La medida no es arbitraria | 85 |
| 2.4.2. La medida es proporcional a sus fines | 86 |
| 2.5. Los efectos de la declaración de ilegalidad y de carencia de razonabilidad: La inaplicación de una barrera burocrática | 97 |
| Autoevaluación de la Unidad 2 | 103 |
| Lecturas complementarias | 105 |
| Casos prácticos | 106 |
| Resumen de la Unidad 2 | 108 |
| Bibliografía | 110 |

UNIDAD 3: ATRIBUCIONES Y FACULTADES DE LA COMISIÓN DE ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS **111**

Actividad motivadora **111**

Presentación de la Unidad 3 113

3.1. Breve recuento de la evolución de las atribuciones y competencias de la CEB hasta la emisión de la Ley de prevención y eliminación de barreras burocráticas (Decreto Legislativo N° 1256) 114

3.2. Algunas atribuciones tradicionales de la CEB y de la Sala durante el procedimiento 120

3.2.1. Medidas cautelares 120

3.2.2. Costas y Costos 123

3.3. Del Régimen Sancionador y Correctivo 124

3.3.1. Facultades para aplicar sanciones 124

3.3.2. Facultades para aplicar medidas correctivas 130

3.3.3. La devolución de los derechos de trámite (tasas) 131

3.4. Deber de informar a los ciudadanos 132

3.5. De las actividades de prevención y persuasión 133

3.5.1. Facultades de prevención: Investigación y procedimientos de oficio 133

3.5.2. Las actividades de persuasión 138

3.6. Breve explicación sobre la diferencia del ejercicio de facultades y atribuciones de la CEB frente a los procesos constitucionales de Acción Popular y de Inconstitucionalidad 142

Autoevaluación de la Unidad 3 145

Lecturas complementarias 146

Casos prácticos 147

Resumen de la Unidad 3 148

Bibliografía 149

LISTA DE ACRÓNIMOS **150**

RESPUESTAS DE LAS AUTOEVALUACIONES **151**



INTRODUCCIÓN

El módulo instruccional del curso “Eliminación de Barreras Burocráticas” desarrolla los conocimientos básicos para la identificación y detección de barreras burocráticas presuntamente ilegales y/o carentes de razonabilidad. A partir de un enfoque de aplicación práctica y continua retroalimentación entre las unidades temáticas del módulo, este último pretende introducir al participante en los conocimientos y mecanismos con los que cuenta la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (en adelante CEB y Oficinas Regionales - ORI) y la Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas (en adelante, SEL) del Tribunal del Indecopi para reducir y eliminar aquellas trabas que afectan la inversión privada, el acceso y desempeño de los agentes económicos en el mercado, así como las normas y principios en simplificación administrativa.

Así, se introduce al participante en los fundamentos, bases, definiciones, conceptos y normas que envuelven la labor de la CEB y la SEL, partiendo por desarrollar conceptos constitucionales y del derecho administrativo que sientan los pilares en cuanto a la eliminación de barreras burocráticas. Luego de ello, se introduce al participante a conocer las definiciones y aspectos claves que son necesarios conocer para comprender las delimitaciones y ámbito de acción que envuelve la eliminación de las referidas barreras.

Una vez conocido y comprendido el marco general de los conceptos y definiciones se continúa con el desarrollo de la metodología de análisis de una barrera burocrática. En ese sentido, se ilustra cuál es el procedimiento a seguir para determinar si una barrera burocrática resulta ilegal y/o carente de razonabilidad, para lo que se explica detalladamente las fases de la metodología de análisis, desarrollándose para ello ejemplos de cada una de dichas fases, tanto en el caso del análisis de legalidad y de razonabilidad.

Por último, se continúa detallando las competencias y funciones de la CEB – como primera instancia- para de esa manera instruir al participante respecto a sus atribuciones, las cuales no se limitan a resolver las denuncias “de parte” planteadas por los administrados sino a las investigaciones “de oficio” y las labores de persuasión y prevención que desempeña.

Este curso se encuentra dividido en tres unidades temáticas, las mismas que tratan diferentes aspectos fundamentales y relevantes para un entendimiento cabal de la labor en eliminación de barreras burocráticas realizada por el Indecopi:

Unidad 1: Marco teórico-general en eliminación de barreras burocráticas: conceptos, definiciones y delimitaciones

Unidad 2: La metodología de análisis de una 'barrera burocrática' y su aplicación práctica

Unidad 3: Atribuciones y facultades de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas

De esta manera, los aspectos teóricos (definiciones, conceptos, normas) se combinan constantemente con ilustraciones dadas mediante casos reales obtenidos de las resoluciones emitidas por la CEB y la SEL del Indecopi (y antes por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia – SDC), promoviendo en el participante un enfoque práctico que contribuya a una comprensión no solo de los conceptos sino de las herramientas requeridas para analizar la legalidad y/o carencia de razonabilidad de una barrera burocrática, así como de las demás atribuciones de la CEB.



Objetivo General

El curso tiene como objetivo que el participante conozca el marco general sobre el cual se produce la identificación y eliminación de barreras burocráticas a cargo del Indecopi y que legitima dicha labor.

Para ello, se busca que el participante comprenda el panorama general que encierra la identificación y eliminación de barreras burocráticas y que se ha dividido para este fin en tres aspectos importantes: (i) el marco conceptual en materia de barreras burocráticas, (ii) manejo de la metodología de análisis de las barreras burocráticas (legalidad y razonabilidad) y (iii) las funciones y atribuciones adicionales de la CEB del Indecopi. Se busca que el participante desarrolle las habilidades necesarias para identificar – de antemano- los potenciales casos de barreras burocráticas (presuntamente ilegales y/o carentes de razonabilidad).



Objetivos Específicos

Finalizando el curso, el participante contará con las herramientas para:

- a) Comprender los conceptos y definiciones aplicados en la identificación y declaración de barreras burocráticas, a través del análisis de legalidad y/o razonabilidad, de acuerdo a la metodología establecida.
- b) Aplicar los criterios dados por la CEB y la SEL de tal manera que sea capaz de identificar y analizar potenciales barreras burocráticas que podrían considerarse ilegales y/o carentes de razonabilidad.
- c) Conocer las diferentes funciones y atribuciones que cumple el sistema de eliminación de barreras burocráticas del Indecopi, a nivel de primera y segunda instancia (CEB y SEL), reconociendo el importante papel que desempeña en el mercado y la sociedad.

UNIDAD 1 :

MARCO TEÓRICO-GENERAL EN ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS: CONCEPTOS, DEFINICIONES Y DELIMITACIONES

ACTIVIDAD MOTIVADORA

Mira este video y comenta con alguien acerca de lo que te llamó la atención en cuanto al arte de la búsqueda del equilibrio y responde las preguntas abajo indicadas:



VIDEO1:

El arte de buscar el equilibrio: Marc Grau at TEDxMurcia



<https://www.youtube.com/watch?v=aQYgAztv90Y>

Finalmente, responda las siguientes preguntas:

1. ¿Crees que la labor en eliminación de barreras burocráticas que se encuentra vinculada a que los trámites efectuados ante la Administración Pública sean más simples se basa en la búsqueda de un equilibrio/balance?

2. ¿Cómo se puede relacionar lo señalado en el video con el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas a cargo del Indecopi? ¿Crees que se trata de un marco flexible en el cual se efectúa un balance entre el ejercicio de derechos y la protección al interés público?

La búsqueda del equilibrio es justamente lo que pretende el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas. No sólo se trata de proteger el ejercicio de derechos o de la protección del interés público, sino de encontrar un balance que permita la convivencia de las personas y la existencia de las reglas de las entidades públicas.

PRESENTACIÓN DE LA UNIDAD N° 1

En esta unidad se trabaja el marco teórico para comprender la labor del Indecopi relativa al procedimiento en eliminación de barreras burocráticas.

Dicho procedimiento está compuesto por una serie de conceptos que legitiman la labor de la CEB y la SEL del Indecopi. En primer lugar, se encuentra un elemento de base constitucional que desarrolla derechos fundamentales sobre los cuales debe funcionar el mercado peruano, así como los procedimientos administrativos, los que conforman la contraparte frente a la protección del interés público. Luego, dichos derechos se encuentran inmersos en un reconocimiento legal. Dicho reconocimiento legal está acompañado de un mecanismo a fin de alcanzar un equilibrio – como un ‘contrapeso’ - al ejercicio de poder del Estado en la protección del interés público.

La labor en eliminación de barreras burocráticas representa –justamente- dicho mecanismo pues si bien el Estado tiene la potestad de formular regulaciones y medidas en virtud de la protección del interés público, también se encuentra el deber de garantizar reglas uniformes para los agentes económicos durante el ejercicio de su derecho a acceder y permanecer en el mercado, así como de emitir medidas de simplificación administrativa para quienes tramitan un procedimiento ante las autoridades estatales.

De la búsqueda por alcanzar dicho equilibrio, nace el "Procedimiento de Eliminación de Barreras Burocráticas" a cargo del Indecopi, el cual comprende una serie de conceptos y lenguaje propios que resulta relevante familiarizar, a fin de comprender- de mejor manera - el análisis de una barrera burocrática, así como la labor de la institución.

Por tanto, los fundamentos y el marco conceptual sobre el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas del Indecopi contribuyen a comprender el balance entre la protección de derechos fundamentales y el interés público, de importancia real dado que "el cumplimiento de trámites derivados de la regulación impacta con un costo directo para ciudadanos y empresas" (Ochoa C., 2013).

1.1 La eliminación de barreras burocráticas y su relación con la protección del 'interés público' y del ejercicio de los derechos fundamentales

La Constitución Política del Perú de 1993 (en adelante, CPP) reconoce los derechos fundamentales a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa, los cuales se encuentran relacionados con la protección del desempeño de las actividades económicas en el mercado (derechos económicos). Asimismo, la CPP reconoce el derecho fundamental de petición, el cual garantiza a los ciudadanos que los procedimientos administrativos ante entidades públicas cumplan con parámetros que respalden eficiencia y oportunidad. Dichos derechos fundamentales conforman – en conjunto – un contrapeso frente a la labor del Estado de garantizar la protección del 'interés público'. Por lo que, la CPP se convierte en un auténtico instrumento legal de control del poder económico del Estado y de los propios particulares (Gutiérrez, 2005, p.771).

La búsqueda de un equilibrio entre los derechos fundamentales señalados y el 'interés público' da lugar al "procedimiento de eliminación de barreras burocráticas (PEBB):

Gráfico I: Equilibrio entre derechos fundamentales y la protección al interés público como base para un PEBB



Sin embargo, antes de detallar dicho procedimiento resulta necesario desarrollar el significado de 'interés público y el contenido de los derechos fundamentales señalados:

1.1.1 El 'Interés Público'

El concepto 'interés público' es definido por Escola como el resultado de un conjunto de intereses compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría, y que encuentra su origen en el querer axiológico de esos (de Cores y Cal, 2012, p.2). Otras definiciones lo señalan como aquello que interesa a todos, sea en su aspecto individual como en lo colectivo que expone antes bien, la premisa urgente de lo que es del interés en los asuntos públicos, vale decir, del interés en los asuntos vinculados al Derecho Público (Huamán, 2013,p.2); así como un conjunto de condiciones que permiten que todas y cada una de las personas y los grupos sociales puedan desenvolverse y alcanzar su plena realización (Serna y Toller, 2003, p.82).

La garantía a ese conjunto de intereses o prioridades colectivas, denominado 'interés público' que como sociedad se busca y espera alcanzar se da a través de las entidades de la Administración Pública quienes de acuerdo a sus competencias y facultades establecen normativas en aras de dicho interés. La manifestación de la protección del Estado hacia el 'interés público' se canaliza a través de su **actividad de policía**, conocida como el **conjunto de limitaciones de las actividades privadas, por parte de una autoridad pública y en el interés público**. El poder de policía **incluye toda la actividad del estado relacionada con la reglamentación y control de las acciones de los agentes privados** (Coloma, 1999, p.94). El poder de policía que ejerce el Estado responde a una exigencia de la ciudadanía por preservar el referido 'interés público', dado que los gobiernos son elegidos con la expectativa de que van a actuar para resolver los problemas colectivos y se espera que el **Estado ejerza su responsabilidad pública** como guardián del 'interés público' (como sea definido¹) (Black, 2001, p.145).

En síntesis, la implicancia del concepto 'interés público' ha sido ampliamente discutida por diversos autores. En todos los casos, abarca una serie de aspectos (colectivos) de la vida que el Estado debe proteger y garantizar al ciudadano: seguridad, salud, orden público, educación, tranquilidad, entre otros. De ahí que, el término 'interés público' pueda resultar difuso, abstracto y amplio, considerado un concepto jurídico indeterminado (Baca, 2011, p.192) pero - al mismo tiempo - es la justificación de una determinada acción y regulación de las entidades públicas al ejercer la referida protección en un ámbito específico.

¹ *Texto original en idioma inglés, traducción propia.*

Durante el ejercicio de las potestades otorgadas a las entidades de la Administración Pública para proteger el 'interés público' (por ejemplo las atribuciones a las municipalidades otorgadas en la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades para salvaguardar la seguridad, salud, orden y otros aspectos de interés colectivo) debe existir un balance para que dicha invocación a la referida protección no sea motivo para *regular por regular o sobre regular* sino que dentro de las normativas emitidas existan premisas que las sustenten. De ahí que, resulta necesario que exista un control de legalidad y razonabilidad sobre algunas normas emitidas, dado que las mismas pueden afectar derechos fundamentales relativos al ejercicio privado de las actividades económicas y/o a las personas en general.

El procedimiento de eliminación de barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad se convierte en un mecanismo del balance anteriormente mencionado, el cual resulta necesario dado que la definición y alcance de lo denominado 'interés público' devienen en abstractos e indeterminados. La imprecisión del término puede conllevar a que las entidades administrativas lo invoquen únicamente en el ejercicio de su actividad de policía sin un sustento claro. Empero, dichos organismos públicos no podrían decir que algo es de interés público por el simple hecho de que ellos -como autoridad- así lo establezcan, sino que están obligados a fundamentar y motivar los argumentos que demuestren objetivamente por qué en ese supuesto se afecta o no el interés público; crear una relación/conexión directa e inminente del hecho-afectación (Picasso, s/a, p.2). Es en dicho contexto que el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas cobra especial sentido porque a través del mismo se determinará el balance entre el interés público protegido y el ejercicio de los derechos fundamentales.

1.1.2 Los Derechos a la Libre Iniciativa Privada y a la Libertad de Empresa

Libre Iniciativa Privada

La CPP reconoce, protege y garantiza el derecho a la libre iniciativa privada de la siguiente manera:

Artículo 58°.- Economía Social de Mercado:

La iniciativa privada es libre. *Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.*

(Resaltado nuestro)

Se reconoce la libertad de las personas de *emprender, iniciar, establecer, empezar* la actividad económica de su preferencia dentro de una economía social de mercado. Esto quiere decir que el Estado no interviene con un rol empresarial activo dentro del mercado ni limita a sus ciudadanos en sus iniciativas de emprendimiento empresarial sino que es el garante de la competencia entre ellos. Por tanto, el Estado se presenta con un rol protector de dicha iniciativa privada y sólo interviene en materias esenciales como la promoción del empleo, prestación de servicios públicos, seguridad, infraestructura y educación.

Se entiende entonces como un Estado que no compite con los particulares en la actuación empresarial sino que colabore con ellos, pero que se halle atento a los excesos que pudieran generarse en una economía de mercado" (Gutiérrez, 2005, p.772).

CUADRO I: ROL ESTATAL FRENTE A LA INICIATIVA PRIVADA

| ROL ESTATAL FRENTE A LA LIBRE INICIATIVA PRIVADA |
|---|
| <p><i>¿Cómo entendemos este rol estatal?</i></p> <p><i>La Libre Iniciativa Privada es un derecho fundamental reconocido en la CPP que puede verse afectada por la imposición de barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad. Este es el primero y más importante para poder ejercer otros derechos fundamentales relacionados con el emprendimiento de actividades económicas.</i></p> <p><i>El Estado es el 'arbitro' que establece reglas y pautas sin intervenir directamente en la actividad empresarial. Dentro de estas reglas está el SEBB que otorga protección frente a la imposición de las referidas barreras burocráticas.</i></p> |

Asimismo, el derecho a la libre iniciativa privada es un reconocimiento pleno de la pertenencia del sector privado (todas las personas que quieren ejercer 'empresa') sobre el mercado, mientras que el Estado únicamente establece medidas que contribuyen a un buen funcionamiento del mercado y no crea riqueza directamente mediante un rol empresarial. Parte de ello se refleja en un procedimiento que identifique, evite, reduzca y

elimine las trabas burocráticas que afectan el derecho a la libre iniciativa privada. Por ejemplo, si una persona busca ejercer dicho derecho pero se encuentra frente a regulaciones y trámites excesivos que afectan su acceso o permanencia en el mercado, lo que se está afectando – finalmente – es el derecho a la libre iniciativa privada: libertad de 'iniciar una actividad económico-empresarial' y/o de desarrollar un negocio porque para lograrlo requiere acceder al mercado y permanecer en éste.

Sin embargo, la realización de las actividades económicas puede colisionar con el 'interés público', por lo que el Estado asume el deber de resguardarlo estableciendo un equilibrio (a través de medidas, procedimientos y regímenes) entre el 'interés público' y las actividades económicas, dado que estas últimas son actividades que impactan el interés general pero que son de iniciativa privada (Ochoa C, 2013, p. 424).

En esa línea, el Tribunal Constitucional (08-2003-AI/TC) también ha señalado que dentro de la libre iniciativa privada existe esta protección estatal, entendida como el conjunto de normas orientadas a establecer las pautas básicas sobre las que debe fundarse el régimen económico de una sociedad (Gutiérrez, 2005, p.775).

Libertad de empresa

La CPP reconoce, protege y garantiza el derecho a la libertad de empresa de la siguiente manera:

Artículo 59°.- Rol Económico del Estado

El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública.

El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

(Resaltado nuestro)

Sobre lo señalado en el artículo 59°, el Tribunal Constitucional ha determinado que el ejercicio al derecho a la libertad de empresa implica lo siguiente:

CUADRO II: DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA

El contenido de la libertad de empresa está determinado por cuatro tipos de libertades, las cuales terminan configurando el ámbito de irradiación de la protección de tal derecho.

En primer lugar, la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado significa libertad para emprender actividades económicas, en el sentido de libre fundación de empresas y concurrencia al mercado, tema que será materia de un mayor análisis infra.

En segundo término, la libertad de organización contiene la libre elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o de sociedad mercantil, facultades a los administradores, políticas de precios, créditos y seguros, contratación de personal y política publicitaria, entre otros).

En tercer lugar, está la libertad de competencia.

En último término, la libertad para cesar las actividades es libertad, para quien haya creado una empresa, de disponer el cierre o cesación de las actividades de la misma cuando lo considere más oportuno. (FDJ N°13, STC N° 3330-2004-AA/TC)

La CPP establece el deber del Estado de estimular la libertad de empresa, entre otras libertades. Dicha estimulación se entiende como la abstención de intervenir y regir la forma en que los ciudadanos quieran desarrollar sus actividades económicas pero procurando un marco protector de dicha libertad. La libertad de empresa contiene una serie de libertades que deben ejercerse y protegerse. Éstas involucran que el sector privado se encuentre en plena libertad de (i) crear la forma empresarial preferida y de ingresar al mercado con la misma, (ii) organizar la distribución de sus recursos (económicos, técnicos y humanos), (iii) competir (lealmente) frente a otras actividades económicas en el mercado y (iv) decidir salir de este último cuando no desee continuar con su emprendimiento empresarial. Todo ello, respetando - claro está - el orden e interés público, así como las normas legales que involucran el ejercicio de dichas libertades.

El ejercicio del derecho a la libertad de empresa también responde a los límites establecidos por el interés público, por lo que el Estado debe garantizar un balance que garantice un ejercicio pleno del mismo y la protección del 'interés público'. Dicho equilibrio ha sido desarrollado por nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia bajo el expediente N° 3330-2004-AA/TC.

CUADRO III: ROL ESTATAL FRENTE A LA LIBERTAD DE EMPRESA

ROL ESTATAL FRENTE A LA LIBERTAD DE EMPRESA

¿Cómo entendemos este rol estatal?

La Libertad de Empresa presenta un contenido conformado por una serie de libertades, las cuales también pueden verse vulneradas por la imposición de barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad. Ello quiere decir que dichas libertades pueden afectarse si existen regulaciones que impacten excesiva y desproporcionadamente sobre las decisiones de organización, distribución, competencia y creación de los agentes económicos sobre su actividad empresarial.

Debido a ello, nuevamente, se reafirma el rol del Estado como un 'arbitro' que establece reglas y pautas sin intervenir directamente en la actividad empresarial. Ello, ha sido reconocido por el TC cuando sostiene que éste no puede permanecer indiferente a las actividades económicas, lo que en modo alguno supone la posibilidad de interferir arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos. (STC N° 008-2003-AI/TC). De ahí que, el PEBB sea una manifestación de ese rol del Estado, en cuanto al derecho a la

El Tribunal Constitucional ha desarrollado el concepto de libertad de empresa y su delimitación en la sentencia bajo el Expediente N° 0003-2006-PI/TC, entendiéndose dicho derecho como la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios. Tiene como marco una actuación económica autodeterminativa, lo cual implica que el modelo económico social de mercado es el fundamento de su actuación y, simultáneamente, el que impone los límites de su accionar.

Por otra parte, existe un vínculo complementario entre los derechos a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa. Mientras que el primero protege la libertad plena y general de iniciar y emprender desde el sector privado una determinada actividad económica, el segundo protege una serie de libertades que tienen los ciudadanos relativos a la manera en que quieren encaminar un emprendimiento económico. La CPP ha sido clara en desarrollar y reconocer (por separado) ambos derechos, lo cual se plasma en las normas legales.

El reconocimiento constitucional a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa se hace viable a través de un marco legal aplicable a los ciudadanos y sobre el cual se pueda desenvolver la protección a los mismos ante posibles vulneraciones. En esa línea, se encuentra el **Decreto Legislativo N° 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada**, que tiene por objeto desarrollar las garantías respecto a la protección a la libre iniciativa (inversiones privadas) y libertad de empresa, sin limitar el referido derecho a ciertos sectores económicos y formas empresariales o contractuales permitidas.

CUADRO IV: DECRETO LEGISLATIVO N°757. LEY MARCO PARA EL CRECIMIENTO DE LA INVERSIÓN PRIVADA

La referida norma legal desarrolla un conjunto de derechos que deben ser cumplidos en la práctica para alcanzar una protección real en cuanto a libre iniciativa privada y a la libertad de empresa:

Decreto Legislativo N° 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada

Artículo 1.- La presente Ley tiene por objeto **garantizar la libre iniciativa y las inversiones privadas, efectuadas o por efectuarse, en todos los sectores de la actividad económica y en cualesquiera de las formas empresariales o contractuales permitidas por la Constitución y las Leyes.**

Establece derechos, garantías y obligaciones que son de aplicación a todas, las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que sean titulares de inversiones en el país. Sus normas son de observancia obligatoria por todos los organismos del Estado, ya sean del Gobierno Central, Gobiernos Regionales, o Locales, a todo nivel.

El Decreto Legislativo N° 757 reconoce la garantía y define a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa en los siguientes artículos:

Libre Iniciativa Privada

Artículo 2.- El Estado **garantiza la libre iniciativa privada. La Economía Social de Mercado se desarrolla sobre la base de la libre competencia y el libre acceso a la actividad económica.**

Artículo 3.- Se entiende **por libre iniciativa privada el derecho que tiene toda persona natural o jurídica a dedicarse a la actividad económica de su preferencia, que comprende la producción o comercialización de bienes o la prestación de servicios, en concordancia con lo establecido por la Constitución, los tratados internacionales suscritos por el Perú y las Leyes.**

Libertad de Empresa

Artículo 5.- El Estado garantiza el pluralismo económico. Toda empresa tiene el derecho de organizarse bajo cualquier forma empresarial en la legislación nacional.

No puede limitarse el acceso directo o indirecto de los inversionistas o las empresas en que estos participen a actividades económicas específicas, en función a la forma empresarial que adopten. Están exceptuados de esta disposición el procedimiento financiero de acuerdo a la Ley que lo regula, y las excepciones que en el futuro se establezcan por Ley del Congreso. Queda derogada toda disposición legal que contravenga lo dispuesto en el presente artículo.

En los casos en que la Ley establezca que la explotación de los recursos naturales o la prestación de los servicios públicos deba realizarse mediante concesiones u otras formas de otorgamiento a los particulares, se respetará lo dispuesto en el presente Decreto Legislativo en lo que no contravenga la legislación sectorial.

Artículo 9.- De conformidad con lo prescrito en los artículos 130 y 131 de la Constitución Política, toda empresa tiene derecho a organizar y desarrollar sus actividades en la forma que juzgue conveniente.

Queda derogada toda disposición legal que fije modalidades de producción o índices de productividad, que prohíba u obligue a la utilización de insumos o procesos tecnológicos y, en general, que intervenga en los procesos productivos de las empresas en función al tipo de actividad económica que desarrollen, su capacidad instalada, o cualquier otro factor económico similar, salvo las disposiciones legales referidas a la higiene y seguridad industrial, la conservación del medio ambiente y la salud.

Asimismo, dicha norma legal no se limita a definir a los referidos derechos fundamentales sino que en el marco del respeto y protección a los mismos desarrolla una serie de garantías y protecciones vinculadas a su contenido:

Artículo 4.- La libre competencia implica que los precios en la economía resultan de la oferta y la demanda, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución y las Leyes. Los únicos precios que pueden fijarse administrativamente son las tarifas de los servicios públicos, conforme a lo que se disponga expresamente por Ley del Congreso de la República.

Artículo 10.- El Estado garantiza el derecho a las empresas, cualquiera que sea la forma empresarial que adopten, a acordar libremente la distribución del íntegro de las utilidades o dividendos que generen y el derecho de los inversionistas a recibir la totalidad de los que les correspondan, inclusive los referidos al ejercicio en curso de acuerdo a balances periódicos, sin perjuicio de las obligaciones concernientes a la participación de los trabajadores, la reserva legal y las responsabilidades del caso conforme a lo establecido en la Ley General de Sociedades, siempre que se cumplan con las obligaciones tributarias pertinentes.

Artículo 12.- El Estado no establece tratamientos discriminatorios ni diferenciados en materia cambiaria, precios, tarifas o derechos no arancelarios, entre los inversionistas y las empresas en que éstos participen ni basándose en sectores o tipo de actividad económica o en la ubicación geográfica de las empresas. Tampoco podrá establecerlos entre las personas naturales nacionales o extranjeras.

Ninguna autoridad, funcionario o empleado del Gobierno Central, Gobiernos Regionales o Locales en cualesquiera de sus niveles, ni empresas del Estado, podrá establecer o aplicar tratamientos discriminatorios ni diferenciados, de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, bajo responsabilidad.

El Decreto Legislativo N° 757 desarrolla la garantía y protección que se da a nivel constitucional a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa. Es importante señalar que dicha norma fue emitida en el año 1991, previamente a la CPP del año 1993. Sin embargo, su texto refleja una línea de protección que parcialmente existía desde la CPP de 1979 y que se afianza con la CPP actual.

Los artículos señalados líneas arriba presentan un conjunto de reglas importantes sobre las que debe desenvolverse la economía social de mercado en aras del equilibrio entre el interés público y los derechos fundamentales a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa:

CUADRO V: REGLAS SOBRE LAS QUE DEBE DESENVOLVERSE LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO

- El Estado no puede establecer tratos discriminatorios o diferentes entre las empresas que concurren en el mercado.
- En caso concurren en el mercado empresas estatales y privadas, las primeras no gozan de privilegios. No se puede discriminar entre empresa pública y privada.
- Existe libertad para ingresar en el mercado bajo cualquier actividad económica sin limitaciones, salvo las establecidas por ley.
- Está prohibido que el Estado limite el acceso al mercado de las empresas debido a su forma empresarial.
- Está prohibido que el Estado intervenga en la forma de organización de las empresas o imponga una forma específica de llevar a cabo el negocio para acceder y/o permanecer en el mercado
- La economía y el establecimiento de precios funcionan en libre competencia,

por lo que no hay control de precios (excepto en los servicios públicos donde existen regulaciones especiales que norman dicho control).

A manera de ilustración, respecto de los derechos a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa, en pronunciamientos de la CEB y la SEL (antes, SDC) se ha reconocido lo establecido en el artículo 4° del Decreto Legislativo N° 757 respecto de que los precios se fijan en función a la oferta y la demanda dentro del mercado (excepto en el caso de los servicios públicos), no pudiendo las autoridades fijar límites a través de la emisión de disposiciones administrativas pues lo que se genera es una distorsión en el proceso competitivo. Y, como consecuencia de ello, se afecta el derecho a la *libre iniciativa privada* al no permitir que se fije libremente el precio del bien o servicio de acuerdo a las preferencias de los consumidores (ver Resoluciones N° 0464-2014-CEB/INDECOPI y N° 0333-2016-SDC/INDECOPI²). Asimismo, se ha señalado que la normativa legal vigente garantiza y protege la *libertad de empresa*, entendido éste como el derecho de las personas para crear, desarrollar y dirigir la actividad empresarial elegida de la forma que crea conveniente, con los límites dados por ley. En tal sentido, las limitaciones respecto a ello deben encontrarse previstas de manera expresa en una ley y no, por ejemplo, a través de una ordenanza (ver Resolución N°0694-2016/CEB-INDECOPI).

1.1.3 El Derecho de Petición

El derecho fundamental de petición se encuentra directamente relacionado también con la labor en eliminación de barreras burocráticas a cargo del Indecopi. Y, así como los derechos anteriormente desarrollados, éste se encuentra reconocido en la CPP:

Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:

20. A formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal, bajo responsabilidad.

La CPP reconoce dos (2) partes del derecho de petición que se encuentran inmersos en el numeral señalado anteriormente:

² ANDA – MINISTERIO DEL INTERIO & ONAGI (Expediente N° 0166-2014-CEB/INDECOPI).

- 1) La potestad del ciudadano de formular solicitudes escritas ante las entidades públicas.
- 2) El deber de dichas autoridades de responder (dentro del plazo previsto en la ley) a la solicitud formulada. Esta respuesta debe ser motivada, es decir, con el fundamento y sustento de la decisión tomada por la autoridad respecto del pedido del solicitante.

En esa línea, a través del Procedimiento de Eliminación de Barreras Burocráticas a cargo del Indecopi se cumple un rol fundamental en cuanto al ejercicio del derecho de petición, dado que este derecho tiene como finalidad que el administrado reciba una respuesta oportuna y eficiente por parte de las entidades públicas y que su pedido sea sustancialmente atendido. De ahí la obligación de que la respuesta de la solicitud (positiva o negativa) deba estar debidamente motivada. Por otra parte, es importante entender que el derecho de petición no está supeditado a que el ciudadano se encuentre realizando un trámite administrativo sino que abarca toda actuación, inclusive disposición normativa que pretenda restringirlo, aún de manera potencial (Ochoa, 2014, p.12).

Asimismo, en diversa jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha definido el contenido del derecho de petición señalándose obligaciones concretas de la Administración para garantizar el ejercicio del referido derecho:

CUADRO VI: OBLIGACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN DE ACUERDO A LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

a) Facilitar los medios para que el ciudadano pueda ejercitar el derecho de petición sin trabas absurdas o innecesarias. b) Abstenerse de cualquier forma o modo de sancionamiento al peticionante, por el solo hecho de haber ejercido dicho derecho. c) Admitir y tramitar el petitorio. d) Resolver en el plazo señalado por la ley de la materia la petición planteada, ofreciendo la correspondiente fundamentación de la determinación. e) Comunicar al peticionante la decisión adoptada" (Cfr. SSTC N.º 1042-2002-PA/TC, 2979-2010-PA/TC, 1420-20009-PA/TC, 3410-2010-PA/TC, entre otras). [Ver Num. 4 de la Resolución N.º 01111-2013-PA/TC del 16 de abril de 2014]

Uno de los aspectos del contenido del derecho de petición se encuentra relacionado con la obligación por parte de la Administración Pública de garantizar que sus entidades **faciliten los medios para que el ciudadano pueda ejercerlo sin trabas absurdas o innecesarias**, lo cual ha sido establecido por el Tribunal Constitucional (Gutiérrez, 2005, p.223). Esta

obligación se traduce en lo que se conoce como '*Simplificación Administrativa*', la cual el Estado busca implementar en aras de crear procedimientos administrativos eficientes, oportunos, simples y rápidos, exigiendo a su vez únicamente la documentación o requisitos necesarios.

Respecto a la definición de Simplificación Administrativa, se ha señalado que ésta implica, por una parte, balancear entre la necesidad de utilizar procedimientos administrativos como una fuente de información y herramienta para implementar políticas públicas y, por otra parte, reducir las intervenciones y requisitos solicitados para cumplir con dichos procedimientos³ (OECD/OCDE, 2009, p.6). La Simplificación Administrativa encuentra sus bases en la Mejora y Calidad Regulatoria ('Better Regulation'), instrumento cuya finalidad es lograr una respuesta sistémica al problema inherente de regulaciones que generan costos pero que no añaden beneficio alguno (Lodge y Wegrich, 2012, p.211). En ese sentido, la Simplificación Administrativa se convierte en el objetivo de dicha aproximación dado que mediante un ejercicio de análisis de las regulaciones y los procedimientos administrativos se logra reducir los costos y el tiempo que toman los trámites y procedimientos ante entidades públicas.

La Simplificación Administrativa es un medio para alcanzar la protección del derecho de petición y la protección de este último ha sido trasladada al ámbito del Derecho Administrativo. Asimismo, dentro del PEBB se encomienda la labor de velar por la simplificación de trámites, reducción de tiempos y costos, así como garantizar el correcto desenvolvimiento de los procedimientos administrativos, lo cual finalmente implica garantizar el *derecho de petición administrativa*.

El derecho de petición administrativa se encuentra reconocido en el artículo 117° y 118° del TUO de la Ley N° 27444:

³ Traducción propia (texto original en idioma inglés)

CUADRO VII: ARTÍCULOS 117° y 118° DEL TUO DE LA LEY N° 27444

Artículo 117°.- Derecho de petición administrativa

117.1 Cualquier administrado, individual o colectivamente, puede promover por escrito el inicio de un procedimiento administrativo ante todas y cualesquiera de las entidades, ejerciendo el derecho de petición reconocido en el Artículo 2 inciso 20) de la Constitución Política del Estado.

117.2 El derecho de petición administrativa comprende las facultades de presentar solicitudes en interés particular del administrado, de realizar solicitudes en interés general de la colectividad, de contradecir actos administrativos, las facultades de pedir informaciones, de formular consultas y de presentar solicitudes de gracia.

117.3 Este derecho implica la obligación de dar al interesado una respuesta por escrito dentro del plazo legal.

Artículo 118°.- Solicitud en interés particular del administrado

Cualquier administrado con capacidad jurídica tiene derecho a presentarse personalmente o hacerse representar ante la autoridad administrativa, para solicitar por escrito la satisfacción de su interés legítimo, obtener la declaración, el reconocimiento u otorgamiento de un derecho, la constancia de un hecho, ejercer una facultad o formular legítima oposición.

Al respecto, en diversos pronunciamientos la CEB y la Sala (SDC y SEL) han señalado que el derecho de petición administrativa es la facultad de las personas para promover por escrito el inicio de un procedimiento administrativo ante cualquier entidad de la Administración Pública, las cuales se encuentran en la obligación de dar una respuesta por escrito a los interesados respecto a dicho petitorio dentro de los plazos establecidos. Asimismo, ambos órganos colegiados han manifestado que las entidades no pueden suspender de manera general un trámite o procedimiento administrativo pues ello desconoce el referido derecho de petición. En tal sentido, dichos organismos tienen el deber de efectuar la tramitación de la solicitud del administrado y dar una respuesta sobre ello (sea favorable o desfavorable), excepto si una ley o mandato judicial establece una suspensión del procedimiento administrativo, esto último se encuentra recogido en el TUO de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General⁴: Resoluciones N° 0444-2013/CEB-INDECOPI,

⁴ Antes Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, modificada por Decreto Legislativo 1272, aprobándose por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS el Texto Único Ordenado – TUO de la Ley 27444 y este último,

114-2014/CEB-INDECOPI, 0196-2014/CEB-INDECOPI, 0067-2017/CEB-INDECOPI; 0001-2017/SDC-INDECOPI, 0032-2018/SEL-INDECOPI, 0055-2019/SEL-INDECOPI, 0057-2019/SEL-INDECOPI, entre otras.

El derecho de petición administrativa y la simplificación de trámites tienen un vínculo muy estrecho como se ha podido observar. Debido a ello, y en virtud de garantizar que la tramitación de los procedimientos administrativos ante las entidades públicas se dé conforme a las normas legales que rigen dichos trámites, se han emitido normas adicionales. Entre este conjunto de normas se encuentran -además del TUO de la Ley N° 27444 con sus modificaciones incorporadas: el nuevo TUO de la Ley 28976, Ley Marco de Licencia de Funcionamiento, aprobado por Decreto Supremo N° 046-2017-PCM y el nuevo TUO de la ley 29090, Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-VIVIENDA.

Finalmente, se han emitido diversas normas para alcanzar la simplificación de los procedimientos administrativos y que se toman en cuenta dentro del PEBB:

- (1) Decreto Legislativo N° 1246, Aprueba Diversas Medidas de Simplificación Administrativa: mediante esta norma legal se reforzó la prohibición a las entidades públicas de solicitar determinada documentación (partidas de bautizo, matrimonio, copia ficha R.U.C., entre otros), incluyéndose también la prohibición de solicitar la copia del D.N.I. Asimismo, se determinó que el vencimiento de este documento no es impedimento para que el ciudadano realice trámites donde deba acreditar su identidad, entre otros aspectos.
- (2) Decreto Legislativo N°1256, Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas (nueva ley o ley antibarreras): es la nueva ley que rige el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas y que recoge un conjunto de disposiciones y reglas establecidas en diferentes dispositivos legales, algunos de estos últimos fueron derogados por el Decreto Legislativo N° 1256 y otros continúan vigentes.
- (3) Decreto Legislativo N° 1310, Aprueba Medidas Adicionales de Simplificación Administrativa: mediante esta norma legal se establecen más reglas para la simplificación de trámites y procedimientos administrativos. Dentro de dichas medidas se encuentra el

hoy en día, derogado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS que aprobó el nuevo TUO de la Ley 27444.

establecimiento de la vigencia indeterminada del permiso de salida del país de los menores de edad en caso de fallecimiento de uno de los padres o que esté reconocido por uno de ellos, así como del permiso para la utilización de vidrios parcial o totalmente polarizados, la que será otorgada al vehículo. Dicha norma también establece la obligación para las entidades de realizar un análisis de calidad regulatoria sobre todas las normas y regulaciones emitidas o por emitir; entre otros aspectos.

(4) Decreto Legislativo 1449, Decreto Legislativo que establece medidas de simplificación administrativa para simplificar trámites establecidos en normas con rango de ley:

Se complementa y mejora la simplificación de trámites que actualmente se encuentran regulados en normas con rango de ley, a fin de reducir las cargas impuestas al administrado. Esta norma legal modifica el Decreto Legislativo 1310 haciendo más simple los permisos para viajar dentro y fuera del país de los niños y adolescentes, reconociéndose que la autorización notarial del padre de aquellos niños cuyo uno de sus padres falleció o no los reconocieron tendrá vigencia indeterminada. Asimismo, se establece que si el menor viaja con el padre sobreviviente o que lo reconoció no es necesaria la referida autorización. También se efectúan modificaciones a otros trámites administrativos relativos al Control y Fiscalización de la Comercialización del Alcohol Metílico, así como al Registro Único de Usuarios y Transportistas de Alcohol Etilico.

Al respecto, es importante indicar que con las primeras medidas de simplificación - a través del Decreto Legislativo N° 1246 – se redujeron en un 20% las trabas, enfatizando la política de Estado de simplificación y convocando a los ciudadanos a identificar todo aquello que es innecesario ("La Cámara", 2016, p.43).

El interés del Estado y del sector privado por destrabar la inversión y mejorar los procedimientos administrativos colabora con la labor en eliminación de barreras burocráticas del Indecopi, lo cual es beneficioso debido a que se ha logrado fortalecerla, contribuyendo así con el impulso de las actividades económicas y con el aseguramiento de trámites más eficientes para el ciudadano.

1.2 La Eliminación de Barreras Burocráticas en el Perú

Noción General

Los derechos fundamentales a la libre iniciativa privada, libertad de empresa y petición, así como el interés público necesitan de un mecanismo relevante para alcanzar una protección justa y equilibrada, conforme a criterios objetivos. En este escenario nace la labor en identificación y eliminación de barreras burocráticas de la CEB y la SEL del Indecopi y con ello una serie de dispositivos legales. En esa línea, la CPP y las normas legales anteriormente señaladas se complementan con legislación en materia de eliminación de barreras burocráticas.

Dentro del conjunto de normas legales, el TUO de la Ley N° 27444 y el Decreto Legislativo N° 1256 son los más importantes en cuanto al reconocimiento de la labor del Indecopi en eliminación de barreras burocráticas, a fin de garantizar el balance entre el interés público y la protección de los derechos a la libre iniciativa privada, libertad de empresa y derecho de petición. Asimismo, dicho reconocimiento se encuentra de forma complementaria en los Decretos Legislativos N° 807, 1033, 1246, 1310 y 1449 (estos últimos mencionados líneas arriba).

Por otra parte, el artículo 57° del Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley N° 27444 otorga la atribución a los órganos competentes en eliminación de barreras burocráticas (CEB y SEL) para conocer y resolver denuncias que los ciudadanos o agentes económicos formulen relativas a eliminación de barreras burocráticas.

En tal sentido, se señala y reconoce el encargo de verificar la legalidad y la razonabilidad de las barreras burocráticas que sean impuestas a los ciudadanos por parte de las entidades de la administración pública y disponer su inaplicación, lo cual de, ninguna manera, significa sustituir a la autoridad en el ejercicio de sus funciones, sino únicamente verificar que las regulaciones administrativas tengan una justificación razonable, tomando en cuenta su impacto en el ejercicio a los derechos a la libre iniciativa privada, libertad de empresa y derecho de petición.

Las atribuciones y competencias de la CEB, adicionales a las facultades resolutorias que comparte con la SEL, se desarrollarán específicamente en la Unidad 3, ahora se continuará con el marco conceptual en eliminación de barreras burocráticas.

Marco Conceptual de las Barreras Burocráticas

1.2.1 Definición del concepto 'Barrera Burocrática'

El concepto 'Barrera Burocrática' ha ido evolucionando con el paso del tiempo debido a los cambios de las normativas legales en materia de eliminación de barreras burocráticas, desde los inicios de la creación de lo que hoy se conoce como la CEB y el PEBB. Hasta antes de la vigencia del **Decreto Legislativo N°1256, Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas (emitido en diciembre 2016)**, la definición del referido término y su implicancia se encontraba recogida en diversas normas legales que fueron emitiéndose en distintas situaciones y tiempos. Si bien no se ahondará detalladamente en la evolución de la definición, se puede destacar que ésta y su implicancia se encontraban desarrolladas, principalmente, en el artículo 26BIS° del Decreto Ley N° 25868, así como en el artículo 2° de la Ley N°28996; con esta última se estableció una definición legal del término. Actualmente, dichas normas legales se encuentran derogadas por la Primera Disposición Final del Decreto Legislativo N° 1256.

Por su parte, el primer párrafo del numeral 3 del artículo 3° del Decreto Legislativo N° 1256, el cual desarrolla las definiciones relativas al SEBB, establece que se entiende por 'Barrera Burocrática' lo siguiente:

Barrera Burocrática: exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro que imponga cualquier entidad, dirigido a condicionar, restringir u obstaculizar el acceso y/o permanencia de los agentes económicos en el mercado y/o que puedan afectar a administrados en la tramitación de procedimientos administrativos sujetos a las normas y/o principios que garantizan la simplificación administrativa. La sola calidad de exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro no implica necesariamente su carácter ilegal y/o su carencia de razonabilidad.

El Decreto Legislativo N° 1256 establece una definición legal de 'Barrera Burocrática', cabe indicar que previamente la Ley N° 28996 (derogada por la nueva ley) también establecía una definición legal pero la ley antibarreras desarrolla una definición más precisa. Mediante esta norma legal se reúne un significado completo del término y sus delimitaciones. Es importante que se conozca el detalle específico de los tipos de Barrera Burocrática que señala el referido decreto (lista que no es taxativa), así como la ilustración de cada uno de éstos:

- 1) Exigencia: un requerimiento por parte de la entidad administrativa hacia el administrado y/o agente económico consistente en solicitarle efectúe una acción concreta respecto de un procedimiento administrativo y/o la realización de una actividad económica (sea para acceder o permanecer en el mercado).

Por ejemplo, el caso de una empresa a la que se le solicite reportar a una entidad pública determinada - a través de un procedimiento electrónico costado por la empresa - la cantidad de personas que recibe en su local, en virtud de algún interés público alegado por dicha entidad. (Ver Resoluciones N° 0692-2016/CEB-INDECOPI, 0142-2017/CEB-INDECOPI, 0371-2018/SEL-INDECOPI, 0387-2018/SEL-INDECOPI 0406-2018/SEL-INDECOPI, 0407-2018/SEL-INDECOPI, 0022-2019/SEL-INDECOPI, 0091-2019/SEL-INDECOPI)

- 2) Requisito: un requerimiento por parte de la entidad administrativa hacia el administrado y/o agente económico mediante el cual se le pide presentar determinada documentación, como condición para tramitar un procedimiento administrativo y/o realizar una actividad empresarial, lo que puede afectar el acceso y/o permanencia en el mercado del agente económico.

Por ejemplo, la presentación de documentación relativa a contratos, acuerdos, certificados diversos, constancias de registro, recibos de pago de servicios públicos, planes empresariales, estudios específicos de seguridad, planes de contingencia u otro documento que demande su obtención y/o preparación para cumplir con presentarlo ante la autoridad administrativa. (Ver Resoluciones N° 0106-2014/CEB-INDECOPI, 0135-2016/CEB-INDECOPI, 0384-2016/CEB-INDECOPI, 0358-2018/SEL-INDECOPI, 0370-2018/SEL-INDECOPI, 0417-2018/SEL-INDECOPI, 0045-2019/SEL-INDECOPI y 0058-2019/SEL-INDECOPI)

- 3) **Cobro**: un requerimiento por parte de la entidad administrativa hacia el administrado consistente en solicitar el pago de cualquier tipo de cobro que debe realizar el administrado y/o el agente económico como condición para tramitar un procedimiento administrativo y/o realizar una actividad económica, lo que puede afectar el acceso y/o permanencia en el mercado de esta última. Por ejemplo, un derecho de trámite (tasa), arbitrios, cobro no tributario como el pago por el canon del espectro radioeléctrico; el aporte por regulación (considerado una contribución).

Sobre este tipo de Barrera Burocrática se pueden consultar lo siguiente:

Resoluciones N° 0348-2016/CEB-INDECOPI, 0582-2016/CEB-INDECOPI 074-2017/CEB-INDECOPI, 0126-2017/CEB-INDECOPI, 0166-2017/CEB-INDECOPI, 0423-2014/CEB-INDECOPI, 0424-2014/CEB-INDECOPI, 0425-2014/CEB-INDECOPI, 0426-2014/CEB-INDECOPI; 582-2016/CEB-INDECOPI, 0383-2018/SEL-INDECOPI, 0389-2018/SEL-INDECOPI, 0411-2018/SEL-INDECOPI y 0039-2019/SEL-INDECOPI.

Sobre los arbitrios cuestionables ante la CEB, es relevante destacar que el artículo 68° de la Ley de Tributación Municipal establece que las municipalidades pueden imponer arbitrios (cobros por el uso de servicios públicos) por lo que se entiende que, dentro del marco legal vigente, la CEB y la SEL pueden pronunciarse respecto de los arbitrios municipales en tanto su exigencia puede limitar el acceso o permanencia en el mercado de los agentes económicos en perjuicio de los consumidores (Ochoa y Rizo-Patrón, 2008, p.29). Para mayor alcance consultar: Resolución N° 1257-2005/TDC-INDECOPI (Precedente de Observancia Obligatoria sobre arbitrios municipales).

- 4) **Prohibición**: un impedimento por parte de la entidad administrativa hacia el administrado, es decir, se le insta a este último a no realizar una acción concreta, lo que se encuentra sujeto a la realización de una actividad económica (acceso o permanencia en el mercado) y/o la tramitación de un procedimiento administrativo.

Por ejemplo, los casos más típicos son **las restricciones de horario para funcionamiento de local y/o para venta de bebidas alcohólicas**, incluso el Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto a los criterios para establecer dichas prohibiciones (Ver Expedientes N° 007-2006-PI/TC, 00850-2008-PI/TC, N° 00016-2009-PI/TC).

Sin embargo, existen variedades de prohibiciones que son materia de cuestionamientos desde prohibiciones para exhibir en vitrina ropa de diseño, realizar actividad de cambio de

moneda extranjera hasta de abastecer combustible a conductores de motocicletas o construir edificios con un número de pisos determinado. (Ver Resoluciones N°0312-2014/CEB-INDECOPI, 0185-2015/SDC-INDECOPI, 0568-2016/CEB-INDECOPI, 0010-2017/CEB-INDECOPI, 0141-2017/CEB-INDECOPI, 0373-2018/SEL-INDECOPI, 0375-2018/SEL-INDECOPI, 0376-2018/SEL-INDECOPI, 0381-2018/SEL-INDECOPI, 0403-2018/SEL-INDECOPI y 105-2019/SEL-INDECOPI).

- 5) Limitación: un impedimento más general y/o indirecto. Este puede encontrarse relacionado – a manera de ilustración- cuando una entidad administrativa opta por no ejercer alguna de sus competencias o decide restringir el ámbito de sus funciones, afectando la tramitación de procedimientos administrativos y, en algunas ocasiones, a una actividad económica.

Por ejemplo, cuando las entidades suspenden la tramitación de procedimientos administrativos, limitando así a los administrados a acceder a dicho trámite y obtener una respuesta (favorable o desfavorable). Un caso de otro tipo de limitación se puede dar cuando una entidad pública impone plazos de vigencia a sus autorizaciones porque de esta manera limita la actividad económica del administrado que solicitó dicha autorización, sin contar con una ley que la faculte para ello conforme lo señala el artículo 2 del TUO de la Ley 27444.

Ver Resoluciones N° 0372-2018/SEL-INDECOPI, 0382-2018/SEL-INDECOPI, 0394-2018/SEL-INDECOPI, 0402-2018/SEL-INDECOPI y 0026-2019/SEL-INDECOPI.

Cabe resaltar que, el Decreto Legislativo N° 1256 agrega este último "tipo" de Barrera Burocrática, lo cual es acertado dado que muchas veces son limitaciones nuevas las que aparecen siendo cuestionadas y que no calzan – estrictamente – en otros tipos.

La definición del término Barrera Burocrática no solamente implica la identificación de los tipos indicados, sino que estos últimos se encuentren materializados y/o efectivizados en una disposición administrativa, acto administrativo o actuación material. Asimismo, que la medida cuestionada emane del ejercicio de la **función administrativa** y no de otro tipo de funciones que tienen las entidades de la Administración Pública como la Potestad Sancionadora o el comportamiento de dichas entidades como un agente privado dentro del mercado. De ahí que, una Barrera Burocrática únicamente puede ser analizada mediante el

procedimiento de eliminación de barreras burocráticas – si cumple con determinados presupuestos que son analizados caso por caso.

De lo contrario, se tendría que declarar *improcedente* la denuncia interpuesta. A propósito de lo señalado se puede consultar lo siguiente: **Resoluciones N° 224-2016/CEB-INDECOPI, 0134-2018/SEL-INDECOPI, 0298-2018/SEL-INDECOPI, 0299-2018/SEL-INDECOPI; 0739-2017/SDC-INDECOPI y 0031-2018/SEL-INDECOPI.**

Los numerales 5), 6) y 7) del artículo 3° del Decreto Legislativo N° 1256 definen las tres (3) clases de materialización mencionadas, lo que se puede sintetizar en lo siguiente:

- 1) Acto Administrativo: la declaración de una entidad que *afecta concreta y directamente* a los administrados y/o agentes económicos, es decir, su finalidad genera efectos jurídicos directos sobre ellos. Dicho concepto se encuentra inmerso en el artículo I del Título Preliminar de la Ley N° 27444. Por ejemplo, una resolución administrativa, oficio y/o carta de la entidad administrativa dirigido al administrado y/o agente económico.
- 2) Disposición Administrativa: normativa que emite una entidad que afecta indeterminadamente a los administrados y/o agentes económicos, es decir, produce efectos jurídicos generales y abstractos sobre ellos. Por ejemplo, decreto supremo, resolución suprema, ordenanza municipal, decreto de alcaldía.
- 3) Actuación Material: la manifestación, comportamiento y/o actividad ejercida por una entidad, funcionario, servidor público o quien ejerza función administrativa que afecta, de forma directa o general (sin necesidad de un acto o disposición administrativa), a los administrados y/o agentes económicos, dado que restringe y obstruye el acceso o permanencia en el mercado de los mismos. Dicha manifestación, comportamiento y/o actividad también perjudica las normas y principios en simplificación administrativa. Por ejemplo, una solicitud verbal de presentación de documento como condición para empezar o continuar con un trámite.

Es importante indicar que la Barrera Burocrática (de cualquier tipo) debe estar precisada al momento de su cuestionamiento mediante una denuncia. En tal sentido, si bien debe estar contenida en alguna de las formas de materialización, la Barrera Burocrática no es la norma, acto o actuación, estos últimos son medios de canalización e identificación de que la misma es (potencialmente o efectivamente) aplicada por parte de la entidad administrativa. Por ejemplo, si se cuestiona como Barrera Burocrática el *Decreto Supremo N° 001-2017-XX* sin

precisar qué es exactamente lo cuestionado (cual exigencia, requisito, cobro, prohibición, limitación) dentro del mismo, la parte denunciante tendría que efectuar una precisión.

Asimismo, para que se considere que se está imponiendo una Barrera Burocrática no es necesario que la misma se esté **efectivamente** imponiendo sobre el agente económico y/o administrado, sino que su **mera potencialidad** la convierte en ser pasible de ser conocida por la CEB y – eventualmente – por la SEL. En esta línea, mediante una denuncia ante la CEB se podría cuestionar tanto la Barrera Burocrática que se encuentre siendo aplicada a un caso concreto y respecto de un procedimiento administrativo iniciado por un particular (lo que estaría materializado a través de un acto administrativo o actuación material), como aquella que no se encuentra siendo exigida (en ese momento) pero que potencialmente pueda ser exigida a un administrado y/o agente económico, debido a que se encontraría contenida o materializada en alguna disposición administrativa y/o actuación material general. Esto es lo que se conoce en materia de eliminación de barreras burocráticas como una denuncia 'en concreto' y una denuncia 'en abstracto'. (Para mayor alcance se puede consultar las Resoluciones N° 1286-2008/TDC-INDECOPI, 1456-2008/TDC-INDECOPI, 1799-2008/TDC-INDECOPI, 0021-2008/SC1-INDECOPI, 0066-2008/SC1-INDECOPI, 1171-2013/SDC-INDECOPI, 0185-2015/SDC-INDECOPI)

1.2.2 ¿Quiénes son los afectados por la imposición de una Barrera Burocrática?

Los numerales 8 y 9 del artículo 3° del Decreto Legislativo N° 1256 definen quiénes son considerados agentes económicos y administrados, respectivamente, a la luz del ámbito de aplicación en eliminación de barreras burocráticas. Así, la ley señala lo siguiente:

Agentes económicos: personas naturales y/o jurídicas, sociedades irregulares o patrimonios autónomos, con o sin fines de lucro, que pretendan iniciar, desarrollar y/o continuar con una actividad económica.

Administrados: personas naturales y/o jurídicas que pretendan tramitar o se encuentren tramitando un procedimiento administrativo sujeto a las normas y/o principios de simplificación administrativa.

Las barreras burocráticas pueden afectar tanto a personas que estén buscando iniciar (acceder al mercado) o que ya se encuentren en un negocio (permanecer en el mercado) así

como a aquellas personas que sin buscar realizar o estar realizando un emprendimiento económico quieran tramitar un procedimiento administrativo. Ello es relevante dado que la función en eliminación de barreras burocráticas no se ciñe exclusivamente a la realización de actividades económicas, sino que su ámbito es más amplio: cualquier ciudadano empezando o en un procedimiento administrativo en el que se vean afectados los principios y normas en simplificación administrativa. A partir de esta clasificación (agente económico y administrado) surgen una serie de categorías para entender el impacto de la imposición de barreras burocráticas, es decir, qué sectores económicos y en qué circunstancias los ciudadanos podrían ser considerados los afectados.

Una clasificación de barreras burocráticas por *materias* sobre la base de las actividades económicas realizadas, parece una tarea compleja debido a que éstas abarcan todo tipo de actividad económica y/o sector productivo que esté sujeto a una regulación administrativa (Ochoa, F. 2014,p33). Cuando se menciona acerca de "clasificar por materias" ello significa que dicha clasificación responde a los sectores y/o actividades económicas que "normalmente" cuestionan barreras burocráticas ante la CEB (lo que no restringe a una lista taxativa).

Por ejemplo, cuestionamientos sobre colocación de antenas de telecomunicaciones o cualquier otra **barrera que afecte al sector de las telecomunicaciones** provienen de aquellas empresas que prestan dichos servicios y ello conllevaría a tener una materia referencial con dicho nombre ('telecomunicaciones'). Otro ejemplo, se da en el ámbito del sector **transportes** donde muchas empresas han cuestionado diversas barreras que restringen su actividad económica. Estos ejemplos no son los únicos aunque son ilustrativos. Por su parte, también pueden aparecer materias que respondan a una barrera burocrática constantemente cuestionada por diversos sectores económicos. Por ejemplo, cuestionamientos respecto de la **obtención de la autorización sobre la colocación de anuncios publicitarios pueden provenir de actividades económicas heterogéneas**.

Asimismo, puede suceder que una misma barrera afecte una actividad económica y normas de simplificación administrativa, generando más complejidad al categorizar.

A manera de ilustración, imaginemos a un emprendedor que quiere iniciar un negocio de pastelería denominado "Súper Café & Dulzura" y que busca obtener una licencia de funcionamiento. Si apareciese una barrera burocrática mediante la que se exija algún

documento adicional a lo exigido en el TUO de la Ley Marco de Licencia de Funcionamiento se podría decir que ello afecta a normas de simplificación administrativa y también al ejercicio de una actividad económica. En el mismo ejemplo podemos ilustrar si la entidad suspende el procedimiento administrativo de otorgamiento de licencias de funcionamiento, aquí también hay una afectación que alcanzaría a la clasificación bipartita.

En síntesis, las clasificaciones que pueden darse no se agotan respecto de los agentes económicos que buscan ingresar o permanecer en el mercado o respecto de los administrados, sino que como existen barreras burocráticas presuntamente ilegales y/o carentes de razonabilidad que influyen en la simplificación de trámites tanto seguidos por agentes económicos o administrados, clasificar se vuelve complejo.

Así, cuando se dice que una barrera afecta y/o impide la simplificación administrativa se habla de una afectación a cualquier persona (esté o no realizando una actividad económica), puesto que dicha persona puede efectuar o querer empezar un trámite administrativo, sin que ello implique la realización de una actividad económica. Por tanto, el espectro de afectación aumenta y el ámbito de protección por parte del sistema de eliminación de barreras burocráticas también, conforme al artículo 57° del TUO de la Ley N° 27444 y al Decreto Legislativo N° 1256.

1.2.3 Supuestos fuera del alcance de la definición de Barrera Burocrática, conforme al ámbito establecido en el Decreto Legislativo N° 1256

Los literales a –j del segundo párrafo del artículo 3° del Decreto Legislativo N° 1256 señalan un conjunto de supuestos en los cuales no se está ante una Barrera Burocrática y que no se encuentran en el ámbito de aplicación de eliminación de barreras burocráticas:

- a. Las exigencias, requisitos, limitaciones, prohibiciones y/o cobros establecidos a través de leyes u otras normas con rango de ley y alcance nacional, emitidas al amparo de la función legislativa.
- b. Las exigencias, requisitos, limitaciones, prohibiciones y/o cobros contenidos en contratos suscritos por una entidad, procesos de subasta o bases de algún tipo de concurso para contratar con el Estado.
- c. Las omisiones, inacciones o cualquier inactividad de la administración pública.
- d. Las tarifas o contraprestaciones por servicios prestados por el Estado o por

- empresas privadas o públicas, ajenos al ejercicio de la función administrativa.
- e. El cobro de aranceles e impuestos y, en general, cualquier tributo no vinculado, así como los criterios para su determinación.
 - f. Las medidas fito y zoonosanitarias, conforme a la sexta disposición final y complementaria de la Ley General de Sanidad Agraria, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1059.
 - g. Las controversias contencioso-tributarias, en especial, aquellas vinculadas a la correcta o incorrecta determinación de un tributo en un caso concreto.
 - h. El cobro de arbitrios a personas naturales sin actividad económica.
 - i. La declaración de nulidad de un acto administrativo por motivos de debido procedimiento.
 - j. La imposición de sanciones. Sin perjuicio de ello, el acto administrativo sancionador podrá ser empleado para acreditar la existencia de una barrera burocrática cuando la sanción haya tenido como fundamento el incumplimiento de la referida barrera.

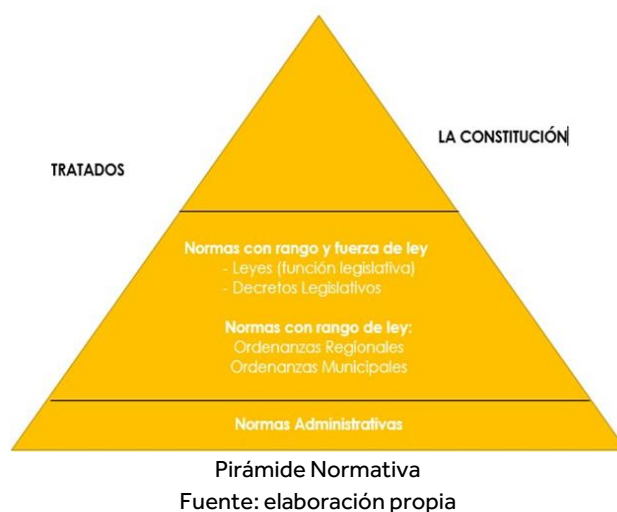
Es importante tener en cuenta que una denuncia ante la CEB que contenga este tipo de supuestos derivaría a que dicho cuestionamiento sea declarado, en principio, *improcedente*. Ello quiere decir fuera del ámbito de acción del Decreto Legislativo N° 1256 y de los alcances del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas.

- ✓ Sobre las medidas en normas emitidas dentro del ejercicio de la función legislativa (literal a.)

En el **literal a.** se encuentra uno de los supuestos más comunes no considerado 'Barrera Burocrática': las medidas que se encuentran en normas legales. Y, no es considerado como tal porque la CEB y la SEL únicamente puede conocer e inaplicar aquella 'Barrera Burocrática' que se encuentra contenida en formas de materialización que nacen de la función administrativa, es decir, que no surgieron porque el Congreso o el Presidente de la República (con facultades para legislar) emitieron una norma en el ejercicio de la función legislativa. Sin embargo, muchas veces pueden surgir cuestionamientos sobre presuntas trabas que se encuentran en leyes, decretos legislativos u otra norma legal, lo cual está fuera del ámbito de acción de la CEB y de la Sala.

Al respecto, es importante tener en cuenta en qué consiste la *función administrativa* y diferenciarla de la *función legislativa*, dado que la primera es el conjunto de decisiones y operaciones dedicadas a estimular y orientar las actividades privadas para asegurar la satisfacción de las necesidades colectivas de seguridad y bienestar de los individuos, sobre la base de lo dispuesto por las políticas públicas y las normas legales (Morón, 2011, p.22). Estas últimas emitidas dentro del ejercicio de la función legislativa.

Entonces, las normas emitidas dentro de la función administrativa no son equiparables a las emitidas dentro de la función legislativa, sino que las primeras deben responder a los límites establecidos por las segundas. Por tanto, el ámbito de acción del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas se encuentra delimitado a ello. Para una mejor comprensión, lo señalado se puede explicar mediante la siguiente ilustración:



Dentro del conjunto de normas específicas que se pueden conocer a través del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas - como parte de las formas de materialización de una Barrera Burocrática- se encuentran las ordenanzas municipales y regionales. Sobre dichas normas, el Tribunal Constitucional ha señalado que si bien las ordenanzas cuentan con *rango de ley*, éstas no tienen *fuerza de ley*, lo que se define como *una cualidad que determina la capacidad de una norma legal para superponerse sobre otra*. Esto quiere decir que las mismas no pueden contravenir normas emitidas por el Poder Legislativo (o dentro del ejercicio de la función legislativa) en las que se regulan aspectos propios del Gobierno Nacional (Ver STC N° 00014-2009-AI/TC, FJ N°11-12, p.8). De ahí que, la CEB y la SEL se encuentran plenamente facultadas para resolver antinomias

generadas por el exceso de normas municipales o regionales de carácter general, pudiéndose declarar su ilegalidad en preferencia de las normas de alcance nacional (STC N° 00014-2009-AI/TC, FJ N° 28, p.13).

En síntesis, recuerda que la CEB y la Sala únicamente conocerán y analizarán aquella Barrera Burocrática que esté contenida en normas provenientes de la función administrativa, así como en ordenanzas regionales y municipales, debido a que estas últimas no son de alcance nacional, por lo que no tienen 'fuerza de ley', conforme a lo expresado por el Tribunal Constitucional. Sobre lo señalado, puedes consultar los siguientes pronunciamientos donde se declaró improcedente el cuestionamiento de medidas provenientes de la *función legislativa*: **Resoluciones N°0332-2014/CEB-INDECOPI, 0166-2014/CEB-INDECOPI y 0002-2016/CEB-INDECOPI.**

✓ Sobre otras medidas y supuestos excluidos como Barrera Burocrática (literales b.-j)

Un supuesto no considerado Barrera Burocrática es el contenido de los contratos suscritos con el Estado (literal b.), dado que aquí el Estado no se encuentra ejerciendo función administrativa, sino que actúa como un contratante más en el mercado. Por esta misma razón, tampoco son consideradas las tarifas y contraprestaciones por servicios estatales y/o privados (literal d.), ajenos a la función administrativa. Dichos supuestos han sido desarrollados en los pronunciamientos relativos a las **Resoluciones N° 331-2015/INDECOPI-CUS y 0192-2017/CEB-INDECOPI**, donde se declaran improcedentes las denuncias sobre ello.

Por otra parte, el **literal c.** señala que las omisiones o las inacciones tampoco se consideran 'Barrera Burocrática' dentro de los alcances de la nueva ley (lo cual se consideraba de esta manera previamente a la ley antibarreras), dado que la finalidad del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas es inaplicar la medida cuestionada y una omisión o inacción no puede *inaplicarse*. Sobre el particular, se pueden consultar las **Resoluciones N° 0005-2017/CEB-INDECOPI, 0100-2017/CEB-INDECOPI, 0119-2017/CEB-INDECOPI, 0242-2017/CEB-INDECOPI, 0078-2018/SEL-INDECOPI y 0086-2018/SEL-INDECOPI**, que declaran improcedentes las denuncias a omisiones o inacciones de las entidades públicas.

En el ámbito tributario, el cobro de aranceles, impuestos u otros tributos no vinculados (literal e.), las controversias contencioso-tributarias, especialmente sobre determinación de tributos (literal g.), así como el cobro de arbitrios a personas naturales sin actividad económica (literal h.), no se encuentran dentro del alcance de la nueva ley, dado que la CEB y la SEL no están facultadas para conocer dichos supuestos y son otras entidades públicas las competentes para tratar dichas materias. Asimismo, otra razón para excluir a los *impuestos* fuera del concepto 'Barrera Burocrática' es porque éstos se crean por ley, es decir, mediante función legislativa. Y, en el caso de los *arbitrios*, ello se debe a que los mismos no afectan el desenvolvimiento de una actividad económica, por tanto, no influyen sobre el acceso y/o permanencia de un agente económico en el mercado. Sobre ello, se puede consultar lo siguiente: **Resoluciones N° 0402-2016/CEB-INDECOPI, 0109-2017/CEB-INDECOPI, 0172-2017/CEB-INDECOPI y 0062-2018/SEL-INDECOPI.**

En el ámbito del derecho administrativo, la declaración de nulidad de un acto administrativo por motivos de debido procedimiento (literal i.) tampoco puede ser considerado Barrera Burocrática porque la CEB y la Sala no pueden convertirse en instancias revisoras adicionales de las decisiones administrativas que no se encuentran relacionadas con la imposición de barreras burocráticas. Ello se ha manifestado a través de las **Resoluciones N° 0014-2017/CEB-INDECOPI, 0208-2017/CEB-INDECOPI, 0089-2018/SEL-INDECOPI, 0113-2018/SEL-INDECOPI**, declarando improcedentes los cuestionamientos relativos a dicho supuesto.

Esta razón aplica, de igual manera, en el caso de la imposición de sanciones, pues la nueva ley señala que **la sanción (propia) no se considera Barrera Burocrática (literal j.)**. Al respecto, se puede consultar la **Resolución N° 0032-2016/CEB-INDECOPI, 0011-2017/CEB-INDECOPI, 0015-2017/CEB-INDECOPI, 0119-2018/SEL-INDECOPI y 0160-2018/SEL-INDECOPI**. Sin embargo, el acto administrativo mediante el cual se establece la multa y/o sanción sí constituye una forma de materialización de imposición de una Barrera Burocrática, dado que a través de éste puede evidenciarse que la causa de la sanción fue una exigencia, requisito, cobro, prohibición o limitación que sí podría constituir Barrera Burocrática al amparo del Decreto Legislativo N° 1256.

Finalmente, la nueva ley es clara en no contemplar las medidas fitosanitarias (literal f.), puesto que expresamente se excluye a las mismas fuera de su alcance, en el Decreto Legislativo N° 1259 (norma con rango y fuerza de ley). El supuesto ha sido desarrollado por

la CEB declarando improcedente una denuncia sobre dicha materia como, por ejemplo, la **Resolución N° 0379-2016/CEB-INDECOPI**.

REFLEXIÓN FINAL

¿TODAS LAS BARRERAS BUROCRÁTICAS SON 'MALAS'?

No. La respuesta a esta pregunta es muy importante porque si bien el término Barrera Burocrática podría connotar negatividad y, por ende, hiciera suponer que todas las barreras deberían eliminarse, ello no es así. Únicamente debería eliminarse aquella medida que - luego de ser analizada - sea declarada ilegal o carente de razonabilidad. Aquella barrera que resulta compatible con el interés privado (el desarrollo de actividades económicas por los particulares y/o que la normas y principios de la simplificación administrativa) y el interés público no debe inaplicarse ni eliminarse.

Esta reflexión ha sido reconocida legalmente a través del artículo 3° del Decreto Legislativo N° 1256 cuando se señala que *la sola calidad de exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro no implica necesariamente su carácter ilegal y/o su carencia de razonabilidad*. Por ello, es que el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas cuenta con una metodología clara y criterios objetivos que permiten dilucidar qué tipo de medida es la que ha impuesto la Administración Pública, para finalmente determinar si dicha medida constituye un supuesto de ilegalidad y/o de carencia de razonabilidad. Ello será abordado en la Unidad 2.

AUTOEVALUACIÓN DE LA UNIDAD N° 1

Indicaciones: Concluido el estudio de la Unidad 1, le sugerimos resolver la siguiente autoevaluación. Al final del módulo encontrará las respuestas

- 1 ¿Cómo se relacionan los derechos a la libre iniciativa privada, libertad de empresa y petición, así como la protección del interés público con la eliminación de barreras burocráticas?**

- 2 No existe desarrollo legal de los derechos a la libre iniciativa privada y libertad de empresa:**

- a) Verdadero, el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas es lo único que existe
- b) Verdadero, sólo existe la protección constitucional
- c) Falso, existe una norma legal específica que desarrolla lo establecido constitucionalmente

- 3 El derecho de petición se encuentra sujeto a que el ciudadano se encuentre realizando un trámite administrativo:**

- a) Verdadero, sin un trámite no se puede ejercer
- b) Falso, abarca cualquier disposición aún de manera potencial

- 4 Una Barrera Burocrática es:**

- a) La norma que emite la entidad
- b) Exigencia, requisito, cobro, prohibición y/o limitación
- c) Una multa

- 5 ¿Cuáles son los aspectos a revisar para determinar que una Barrera Burocrática es pasible de ser evaluada mediante el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas? ¿Bastaría con señalar el tipo de Barrera Burocrática conforme al Decreto Legislativo N°1256? ¿Qué otros elementos se deben tomar en cuenta?

LECTURAS COMPLEMENTARIAS

1. **PATRONI, U.** (2011), Eliminar barreras burocráticas, la otra cara de la reforma del Estado. Revista de Derecho Administrativo, Círculo de Derecho Administrativo (PUCP), Tomo 2, Núm. 10, p.291-307, Lima, Perú. En: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13697/1432> 1 (29/04/2017).
2. **GAGLIUFFI, I.** (2015). La Necesidad de una Ley Antibarreras (2015). Artículo del diario "El Comercio" de fecha 25 de junio de 2015.
3. **CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA - CCL** (2016). "Medidas concretas para impulsar la simplificación administrativa" (sección 'Análisis Legal) En: "La Cámara", Oct., Num. 745, p.14-16

CASOS PRÁCTICOS

CASO N° 1

La botica "Manos Curativas S.A." viene recibiendo una serie de sanciones por parte de su municipalidad distrital. Esto se debe a que la municipalidad le pide que sus trabajadores cuenten con carné de sanidad como parte de sus obligaciones para seguir funcionando, sobre la base de una ordenanza municipal que regula ello. Además, la municipalidad ha notificado a la botica a través de las Resoluciones de Sanción N° 001 y 002. Sin embargo, la referida botica afirma que no necesita contar con dicho carné porque hay normas en el sector salud que rigen las competencias sobre dicho ámbito y se lo ha expresado a la municipalidad.

CASO N° 2

El señor Guillermo Encías busca colegiarse como dentista ante el colegio respectivo, para lo cual el colegio ha publicado una serie de medidas que deben cumplir quienes quieran colegiarse. En tal sentido, el colegio ha publicado en su TUPA aprobado por norma reglamentaria que se dé un examen de suficiencia profesional. Además, el señor Encías ha recibido una carta del referido colegio (el 15 de marzo de 2017), en donde se le pide presentar un conjunto de documentos si desea acceder al examen que se solicita, y realizar un pago de la tasa para colegiarse.

Se presentan los referidos casos en donde se deben verificar los siguientes elementos (no entrar a analizar si las personas tienen o no razón, únicamente limitarse a identificar los elementos):

| TIPOS DE BARRERA | FORMA DE MATERIALIZACIÓN |
|-------------------------|---------------------------------|
| a. Exigencia | a. Disposición administrativa |
| b. Requisito | b. Acto administrativo |
| c. Cobro | c. Actuación material |
| d. Prohibición | |
| e. Limitación | |

(Elegir una o más letras para cada pregunta)

CASO N° 1

En el caso 1, el /los tipo/s de barrera es ____

En el caso 1, la forma de materialización es ____

CASO N° 2

En el caso 2, el/los tipo/s de barrera es ____

En el caso 2, la forma de materialización es ____

Contestemos estas preguntas:

- ✓ ¿Quién es el agente económico y/o a administrado afectado?
- ✓ ¿Cuál sería el interés público alegado aquí por parte de las entidades?
- ✓ ¿Qué derechos crees que se encuentren en juego frente al interés público?
- ✓ ¿Crees que constituyen supuestos que pueden ser conocidos por la Ceb y la Sel? ¿Por qué?

RESUMEN DE LA UNIDAD N° 1

El procedimiento en eliminación de barreras burocráticas a cargo del Indecopi ha sido creado para alcanzar un equilibrio entre el ejercicio de los derechos fundamentales a la libre iniciativa privada, libertad de empresa y petición frente a la protección del interés público. El concepto 'Barrera Burocrática' desarrollado en el Decreto Legislativo N° 1256 (la nueva ley) presenta elementos importantes a considerar, como los tipos de barreras burocráticas que pueden imponerse (exigencia, requisito, cobro, prohibición, limitación), la formas de materialización de las mismas (disposición o acto administrativo; actuación material), definiciones sobre los afectados por la imposición de las mismas (agente económico y administrado), así como las delimitaciones del ámbito de acción de dicha norma legal y del mecanismo mencionado. Esta unidad desarrolla y destaca el marco teórico-general que se debe conocer respecto de eliminación de barreras burocráticas, las bases constitucionales y legales que legitiman dicha labor, las definiciones más importantes sobre los términos más utilizados y ejemplos e ilustraciones basados en casos resueltos por la CEB y la SEL.

La finalidad de la Unidad 1 es que se hayan podido entender conceptos y alcances en materia de eliminación de barreras burocráticas, lo cual permite –de manera más amigable- introducir al colaborador a criterios y aspectos más específicos relacionados con la metodología de análisis para evaluar barreras burocráticas, así como con las atribuciones y competencias específicas de la CEB y de la SEL.

BIBLIOGRAFÍA

- **BACA, V.** (2012) "La Discrecionalidad Administrativa y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano". En: Revista de Derecho Administrativo, Círculo de Derecho Administrativo (PUCP), Núm. 11, Lima, Perú
- **BLACK, J.** (2001) Decentring regulation: understanding the role of regulation and self regulation in a "post-regulatory" world. Current Legal Problems, 54 (1). pp. 103-146. En: <http://clp.oxfordjournals.org/>. Fecha de descarga:04/08/2016
- **DE CORES, C.A. y CAL, J.M.** (2012). "El concepto de interés público y su incidencia en la contratación administrativa". En: Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo. <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Cal-y-De-Cores-El-concepto-de-interes-publico-y-su-incidencia-en-la-contratacion-administrativa.pdf>. Fecha de consulta: 30/04/2017.
- **CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA (CCL)** (2016). "La CCL se sumó a la iniciativa del Gobierno, 'dime tu traba' que busca eliminar barreras administrativas" (sección 'Institucional) En: La Cámara, Num. 752, p.12-13
- **CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA (CCL)** (2016). "La CCL se sumó a la iniciativa del Gobierno, 'dime tu traba' que busca eliminar barreras administrativas" (sección 'Institucional) En: La Cámara, Num. 753, p.42-43
- **COLOMA, Germán.** Apuntes para el Análisis Económico del Derecho Privado Argentino. (1999). Universidad del CEMA, Argentina. Research Gate (2014) En: https://www.researchgate.net/publication/4806381_Apuntes_para_el_Analisis_Economico_del_Derecho_Privado_Argentino. Fecha de Consulta: 29/04/2017
- **GUTIÉRREZ, W.** "Iniciativa Privada y economía social de mercado". (2005) La Constitución Comentada - Tomo I, Primera Ed., Gaceta Jurídica. Lima (Perú).
- **HUAMÁN, A.** (2013) "La concepción etérea del interés público en la jurisprudencia del TC". Lima, Perú. En: http://works.bepress.com/albertohuamanordonez_albertohuamanordonez/5/ Fecha de Consulta 24/04/2017.
- **LODGE, M. y WEGRICH K.** (2012) "Managing regulation: regulatory analysis, politics and policy". Reino Unido. 2ed. s.l.:Palgrave Macmillan
- **MORÓN, J.C.** (2011) Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima: Gaceta Jurídica S.A., 2011.
- **ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS -**

- OCDE/OECD** (2009) "Overcoming Barriers to Administrative Simplification Strategies: Guidance for Policy Makers" En: <https://www.oecd.org/regreform/42112628.pdf> Fecha de Consulta: 15/07/2016.
- **OCHOA, C.** (2013). El control de barreras burocráticas por el Indecopi y tutela de derecho económicos. Lima, Perú: Derecho PUCP, N°71, pp. 413 – 442. Lima (Perú).
 - **OCHOA, F.** "Fundamentos del Procedimiento de Eliminación de Barreras Burocráticas". (2014) Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual del Indecopi. Vol. 10, N° 19, pp.1-56. En: <http://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/view/134/129>. Fecha de Consulta: 14/09/2016.
 - **OCHOA, F. y RIZO-PATRÓN, J.** (2008), Utilización del Principio de Solidaridad en Arbitrios Municipales. Análisis Tributario, vol. XXIII, 274:18-24. En: <https://www.aele.com/system/files/archivos/anatrib/08.02%20AT.pdf>. Fecha de Consulta: 12/08/2016
 - **PICASSO, N.**, "La Utilización del Concepto de Interés Público en el Derecho Administrativo" En: http://www.angelesabogados.com/apps/site/files/la_utilizacin_del_concepto_de_ip_en_el_derecho_administrativo.pdf. Ciudad de México, México Fecha de Consulta: 23/04/2017
 - **SERNA, P. y TOLLER, F.** (2003) "La Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales. Una alternativa a los Conflictos de Derechos. Argentina. Dikaion En: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=72001210>

Jurisprudencia Constitucional

- Expediente N° 0008-2003-AI/TC: Nesta Brero y 5728 ciudadanos - Decreto de Urgencia N° 140-2001
- Expediente N.º 034-2004-PI/TC: Nicanor Maravía y 5000 ciudadanos – diversos artículos de la Ley N°26271
- Expediente N° 3330-2004-AA/TC: Loja Mori – Municipalidad Metropolitana de Lima (MML)
- Expediente N° 0003-2006-PI/TC: 5000 ciudadanos – Ley N° 28094 (Congreso de la República)
- Expediente N° 0014-2009-PI/TC: Municipalidad Metropolitana de Lima – Congreso de la República
- Expediente N° 4293-2012-PA/TC: Consorcio Requena – Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE)
- Resolución N° 01111-2013-PA/TC del 16 de abril de 2014

Jurisprudencia Administrativa

La mayoría de resoluciones citadas en la presente unidad pueden descargarse del portal institucional del Indecopi entrando a

<http://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/>.

UNIDAD 2:

LA METODOLOGÍA DE ANÁLISIS DE UNA BARRERAS BUROCRÁTICAS Y SU APLICACIÓN PRÁCTICA

ACTIVIDAD MOTIVADORA

Mira el siguiente video y comenta sobre lo que te llamó la atención acerca del trabajo en equipo y cómo el trabajo en equipo puede ser una ejemplificación de lo que debe buscarse desde el sector privado en cuanto a la eliminación de barreras burocráticas:



"Trabajo en equipo – Minions"



<https://www.youtube.com/watch?v=dOp0ITU-dv0>



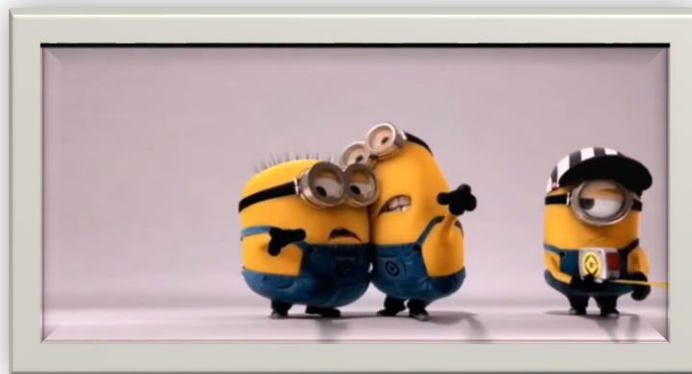
Mira ambos videos y comenta con alguien acerca de lo que te llamó la atención en el mensaje que buscan dar sobre la solución de problemas y la toma de decisiones. Luego, responde las preguntas abajo indicadas:

"Solución de problemas y toma de decisiones"



<https://www.youtube.com/watch?v=36LAjx9CFng>

"Toma de decisiones – Minions"



<https://www.youtube.com/watch?v=l7mWemXHrjc>

Finalmente, responda las siguientes preguntas:

1. ¿Piensas que una barrera burocrática es la consecuencia de un proceso de toma de decisiones ante un problema de interés público?

2. ¿Cuál crees es la finalidad de la aplicación de la metodología de análisis de una barrera burocrática?

La toma de decisiones de las autoridades administrativas debe ser un proceso consciente y ordenado, donde se haya evaluado el respeto de las disposiciones legales y considerado una serie de alternativas a la solución de un problema. Ello es lo que se corrobora al analizar una medida - como una barrera burocrática presuntamente ilegal y/o carente de razonabilidad - pues se evalúa que la decisión de la entidad pública haya sido la más adecuada, tanto porque se encuentra conforme al marco legal nacional y/o porque ha sido implementada considerando los aspectos razonables y proporcionales que dicha medida implica.

PRESENTACIÓN DE LA UNIDAD N° 2

En esta unidad se trabaja la metodología de análisis de una barrera burocrática.

La finalidad de esta unidad es alcanzar a desarrollar nociones básicas para comprender los criterios de evaluación aplicados por la CEB y la Sala (antes SDC, hoy SEL) al momento de analizar una medida cuestionada.

La metodología empleada en el PEBB se reconoce legalmente mediante el Decreto Legislativo N° 1256, Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas. Es importante señalar que la metodología recogida en el Decreto Legislativo N° 1256 se inspira y guarda similitud con la que se establecía a través del Precedente de Observancia Obligatoria N° 182-1997-TDC (en adelante, caso de los 'Taxis Amarillos'), esta última actualmente no se aplica debido a que en la emisión de la nueva ley se establece la metodología utilizada por la CEB y la SEL para resolver los casos que se presentan.

La unidad se divide en dos partes claramente diferenciadas: (i) la evaluación de legalidad y (ii) la evaluación de razonabilidad. Estas dos partes reflejan las dos etapas que abarca la metodología, por lo que se desarrollarán aspectos teóricos que encierra cada una y los criterios específicos utilizados reflejados en la nueva ley e inspirados en el referido precedente. Se ilustrarán a través de ejemplos sobre la base de casos resueltos y criterios emitidos por la CEB y la SEL.

Finalmente, se explicarán cuáles son las consecuencias jurídicas que se generan a partir de la declaración de ilegalidad y/o de carencia de razonabilidad de una medida analizada. En tal sentido, se explicará – de forma genérica- los efectos de los pronunciamientos del Indecopi a través del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas, tanto de la primera y de la segunda instancia (CEB y SEL): (i) la inaplicación de una barrera burocrática con efectos generales y (ii) la inaplicación de una barrera burocrática al caso concreto. Lo anterior se ilustrará a través de ejemplos donde se ha incorporado ello en las resoluciones de los pronunciamientos recientes de la CEB y de la SEL.

2.1 NOCIONES GENERALES SOBRE EL PROCEDIMIENTO DE ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS Y SU METODOLOGÍA DE ANÁLISIS

La **metodología de análisis** de una barrera burocrática se utiliza y aplica para resolver si la medida cuestionada constituye o no una barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad. En tal sentido, se debe hacer referencia al referido procedimiento y desarrollar la importancia de la presentación de los argumentos en un procedimiento en el que se cuestiona la imposición de una barrera burocrática.

Las reglas básicas sobre el procedimiento en eliminación de barreras burocráticas (como la duración del procedimiento, requisitos, plazos, notificaciones, requisitos sobre medidas cautelares, apelación, entre otras) se encuentran establecidas entre los artículos 19° y 32° del Decreto Legislativo N° 1256. Sin embargo, dichas reglas no van a detallarse en la presente unidad, dado que su finalidad es comprender la relación entre lo planteado al inicio del procedimiento y la metodología de análisis aplicada a la resolución de casos.

Un procedimiento administrativo en eliminación de barreras burocráticas puede comenzar mediante una denuncia "de parte" o por una investigación "de oficio". El primer supuesto significa que un administrado y/o agente económico interpone una denuncia e inicia el referido procedimiento; ello se encuentra establecido en el numeral 7.2 del artículo 7° del Decreto Legislativo N° 1256. El segundo supuesto implica que la Secretaría Técnica de la CEB decide iniciar un procedimiento por decisión propia, ya sea porque realiza una investigación de oficio de manera previa o recibe una denuncia informativa sobre la existencia de una o varias barreras burocráticas con la finalidad de verificar si estas son ilegales y/o carentes de razonabilidad, lo cual está regulado por el numeral 7.3 del artículo 7° del Decreto Legislativo N° 1256 (la facultad de iniciar procedimientos de oficio será parte de la Unidad 3 al desarrollar las atribuciones adicionales con las que cuenta la primera instancia). Cabe indicar que la metodología de análisis de una barrera burocrática se aplica tanto en los procedimientos administrativos "de parte" y "de oficio".

En los casos "de parte" resulta importante tomar en cuenta – además de la presentación de los documentos que acreditan temas formales – los argumentos sobre la supuesta ilegalidad y/o carencia de razonabilidad a incluirse en la formulación de la denuncia presentada, así como la documentación que acredite lo señalado. Lo mismo se exige a la

entidad al momento de plantear su defensa dentro del procedimiento, por lo que deberá sustentar por qué la medida cuestionada se encuentra dentro de la legalidad y de la razonabilidad, de acuerdo a lo establecido por la metodología aplicada. Este es el punto de partida para la metodología puesto que se evaluarán dichos argumentos al momento de aplicarla, determinándose si la medida denunciada efectivamente es ilegal y/o carente de razonabilidad. Por otro lado, en los procedimientos iniciados 'de oficio' resultará importante que la investigación realizada abarque los supuestos necesarios para determinar la ilegalidad y/o la carencia de razonabilidad de una barrera burocrática. Solamente así se podrá realizar un correcto análisis de las medidas investigadas previamente. Entonces, muchas veces la declaración o no de ilegalidad y/o carencia de razonabilidad dependerá de que tan bien sustentados y explícitos estén planteados los argumentos durante el procedimiento.

No obstante, se tiene que tomar en cuenta que el hecho de cuestionar la presunta imposición de una barrera burocrática, no quiere decir que –necesariamente- sea ilegal y/o carente de razonabilidad. Este es un punto importante porque la regulación por sí misma no debe ser considerada como negativa sino solo la que contraviene al ordenamiento jurídico y sobrecarga al administrado de manera irrazonable. Por tanto, se puede decir que la metodología de análisis sobre una barrera burocrática contribuye a determinar el equilibrio entre el ejercicio de los derechos y el interés público, dado que el actuar de los agentes en el mercado para producir riqueza no siempre será compatible con otros valores de la sociedad (Sumar, 2008, p.266).

La metodología de análisis dentro del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas ha evolucionado hasta encontrarse reconocida por el Decreto Legislativo N° 1256. Los cimientos de dicha metodología se encuentran en el Precedente de los 'Taxis Amarillos', el cual por mucho tiempo marcó la pauta respecto de cómo debía analizarse la legalidad y/o razonabilidad de una barrera burocrática cuestionada. Sin embargo, actualmente, la metodología de análisis ha sido desarrollada, establecida y reconocida entre los artículos 13° y 18° del Decreto Legislativo N° 1256. La denominada "Ley Antibarreras" desarrolla paso a paso la utilización de los criterios y condiciones establecidos en la referida metodología.

En el Decreto Legislativo N°1256, al igual que en la anterior metodología, también se separan dos niveles de evaluación: legalidad y razonabilidad. Dentro de cada una de las evaluaciones existen - a su vez - criterios específicos que se utilizan, así como sub-niveles de análisis que orientan paso a paso la evaluación a aplicar. Ello se debe a que para determinar la legalidad de una medida cuestionada existen varios filtros que analizar y para concluir que una medida cuenta con razonabilidad deben evaluarse determinados indicios que contribuyan a una conclusión determinada. La precisión que debe utilizarse al aplicar cada una de las evaluaciones es muy exigente y requiere de una buena investigación por parte de las Secretarías Técnicas de la primera y segunda instancia que contribuya a la evaluación por parte de los comisionados y vocales de la CEB (así como de las comisiones de las ORI) y de la SEL, respectivamente.

2.2 La Evaluación de Legalidad de una barrera burocrática

El análisis de legalidad constituye la primera etapa dentro de la metodología de análisis de una barrera burocrática. Este es el punto de partida una vez que se admite la denuncia y se tienen los argumentos de ambas partes o cuando - luego de una investigación de oficio - se inicia el procedimiento y se cuentan con los argumentos de la entidad investigada.

El análisis de legalidad requiere una rigurosa evaluación sobre determinados aspectos jurídicos de la barrera burocrática objeto de cuestionamiento. Dicho análisis supone contrastar el acto o disposición administrativa, así como la actuación material, según sea el caso, con las disposiciones que se encuentran dentro del marco normativo vigente y que presuntamente están siendo transgredidas (conforme a lo alegado en la denuncia o el inicio de procedimiento de oficio) y, en algunos casos, con otras disposiciones dentro del ordenamiento jurídico peruano (Ugás y Paredes, 2014, p.82), siempre y cuando se salvaguarde el derecho de defensa de la entidad denunciada. En la actualidad, no solamente pueden contrastarse actos o disposiciones administrativas sino también actuaciones materiales, lo que ha sido recogido como una forma de materialización adicional en el Decreto Legislativo N° 1256, tal como se señaló en la Unidad 1 del presente módulo. De ahí que, únicamente después de analizar la medida se determinará si la barrera burocrática es 'legal' o 'ilegal', lo que significa si dicha medida supera o no la etapa de análisis de legalidad.

El numeral 14.1 del artículo 14° del Decreto Legislativo N° 1256 reconoce legalmente los aspectos que se analizan en esta etapa. Dichos aspectos están divididos en tres (3) sub-

niveles de análisis de la barrera burocrática cuestionada. En tal sentido, el numeral 14.1 señala lo siguiente:

Artículo 14°.- Análisis de legalidad

14.1. El análisis de legalidad de una barrera burocrática implica que la Comisión o la SALA, de ser el caso, evalúe los siguientes aspectos:

- a. Si existen o no atribuciones conferidas por ley que autoricen a la entidad a establecer y/o aplicar la barrera burocrática bajo análisis.
- b. Si la entidad siguió los procedimientos y/o formalidades que exige el marco legal vigente para la emisión y/o publicación de la disposición administrativa que materializa la barrera burocrática.
- c. Si a través de la imposición y/o aplicación de la barrera burocrática se contravienen normas y/o principios de simplificación administrativa o cualquier dispositivo legal.

Al respecto, lo primero que se debe tener en cuenta es que el análisis de los tres (3) sub-niveles detallados en los literales a, b y c del numeral 14.1 del artículo 14°, en principio, son analizados siguiendo una lógica de preclusión⁵. Esto quiere decir que si se determina la ilegalidad de una barrera porque la entidad no cuenta con las competencias y/o atribuciones para imponerla (sub-nivel "a."), no sería necesario continuar con la evaluación de los aspectos establecidos en los literales b y c del referido numeral. Este criterio se aplica de manera sucesiva.

Es relevante indicar que la nueva ley contempla, de manera expresa, esta lógica de preclusión estableciendo lo siguiente:

14.2. Si la Comisión o la SALA, de ser el caso, determina la ilegalidad de la barrera burocrática por la razón señalada en el literal a. puede declarar fundada la denuncia o el procedimiento iniciado de oficio según sea el caso, sin que sea necesario evaluar los aspectos indicados en los literales b. y c.; y así sucesivamente.

⁵ Preclusión

Del lat. *praeclusio*, -ōnis 'acción de cerrar', 'obstrucción'.

1. f. Der. Carácter del proceso, según el cual el juicio se divide en etapas, cada una de las cuales clausura la anterior sin posibilidad de replantear lo ya decidido en ella. <http://dle.rae.es/?id=TwJ3YZy> En: Portal Electrónico de la Real Academia de la Lengua Española, consultado el 13 de mayo de 2017.

Sin embargo, existen ciertos contextos y/o materias que ameritan que la CEB y/o la SEL consideren importante y trascendental continuar con el análisis de legalidad sobre los otros dos (2) sub-niveles, lo cual se ilustrará más adelante. Ello dependerá muchas veces de la barrera burocrática analizada y del impacto de la misma sobre el ordenamiento jurídico y los administrados. Por ello, es que la nueva ley menciona 'sin que sea necesario' continuar con el análisis, dejando abierta la posibilidad a la CEB y a la SEL para que - bajo su discrecionalidad - se analicen los otros sub-niveles en la etapa de evaluación de legalidad.

Por su parte, el numeral 14.3 del artículo 14° del Decreto Legislativo N° 1256 establece qué sucede si la barrera burocrática analizada no supera los tres (3) sub-niveles de análisis de legalidad, estableciéndose que - en principio y bajo ciertas condiciones - se proceda con el análisis de razonabilidad (lo que se desarrollará más adelante):

Artículo 14°.- Análisis de legalidad

14.3. Si se determina la ilegalidad por alguna de las razones mencionadas en el párrafo precedente, no es necesario que la Comisión o la SALA continúe con el análisis de razonabilidad. En el mismo sentido, si la Comisión o la SALA desestima que la barrera burocrática sea ilegal, procede con el análisis de razonabilidad cuando se cumpla la condición establecida en el artículo 15.

- El primer sub-nivel del análisis de legalidad: existencia de atribuciones o competencias de la entidad administrativa que emite y/o impone la barrera burocrática

El análisis de atribuciones sobre la entidad significa verificar que la institución que se encuentra aplicando la barrera y/o la que la emitió, efectivamente, esté autorizada a intervenir en la materia que regula la referida medida. Se debe tener en cuenta que las entidades no pueden actuar 'más allá' de lo que se les autorice por ley y de lo que por competencia les corresponde. Por otro lado, la protección del interés público se convierte en una justificación para el ejercicio de una competencia que puede ir más allá de lo conferido. Por ello, el TUO de la Ley N° 27444 establece claramente las limitaciones al ejercicio de las competencias atribuidas a las autoridades administrativas, dado que debe protegerse a los administrados de cualquier afectación por parte de dichas entidades que implique un exceso sobre sus atribuciones.

En primer lugar, Artículo IV del TUO de la Ley N° 27444 expresamente desarrolla los Principios de Procedimiento Administrativo dentro de los cuales cabe resaltar - para explicar el análisis respecto de la verificación de las atribuciones de las entidades - al **Principio de Legalidad**. En ese sentido, el numeral 1.1 del Artículo IV del TUO de la Ley N° 27444 desarrolla el Principio de Legalidad de la siguiente forma:

Artículo IV.- Principios del Procedimiento Administrativo

1.1. Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

De la lectura del Principio de Legalidad, se entiende que se expresa el mandato a las entidades que ejercen función administrativa de desempeñarse dentro sus atribuciones, según lo que señala la Constitución, la ley y las competencias que expresamente les han sido otorgadas. Dicho principio establece una limitación a las autoridades administrativas, dado que las mismas deben tener en cuenta que sus atribuciones responden a un límite generado por la Constitución y las leyes. En otras palabras, las competencias públicas mantienen una situación precisamente a la inversa - de lo que sucede en el derecho privado - ya que, debiendo su creación y subsistencia a la ley, por ende, siempre debe contar con una norma que le señala su campo atributivo, que lógicamente no puede ser ilimitado (Morón, 2011, p.60). De ahí que, este principio es uno de los más importantes dentro del procedimiento administrativo pues determina delimitaciones en el ejercicio práctico de las atribuciones dadas a cada entidad.

Adicionalmente, dicho principio garantiza que no exista duplicidad de funciones. Por ejemplo, se ha dado el caso en donde una municipalidad solicitaba a un administrado la obtención de un certificado de habilitación sanitaria o un certificado de salubridad de vigencia anual como condición para operar como establecimiento de salud. Sin embargo, se determinó que el Ministerio de Salud tenía la competencia exclusiva para acreditar a dichos establecimientos. En el ejemplo dado debe comprenderse que, si bien las municipalidades pueden regular aspectos relativos a la higiene, salud y salubridad, la municipalidad no estaba autorizada para exigir un documento específico como el señalado, excediendo su competencia al regular cuestiones que solo le competen al sector salud y sin que medie sustento normativo para ello. (Ver **Resoluciones N° 0106-2014/CEB-INDECOPI y 0371-2018/SEL-INDECOPI**). Este tipo de situaciones deben ser analizadas dentro del

primer sub-nivel de análisis de legalidad aplicado por la CEB y la SEL, donde se corrobore que efectivamente las entidades han actuado dentro del marco de lo que la ley les permite.

En segundo lugar, dentro del TUO de la Ley N° 27444, el numeral 72.1 del artículo 72° establece que la fuente de la competencia es la Constitución y la ley:

Artículo 72.- Fuente de competencia administrativa

72.1 La competencia de las entidades tiene su fuente en la Constitución y en la ley, y es reglamentada por las normas administrativas que de aquéllas se derivan.

Este artículo expresamente reconoce que las autoridades no pueden ejercer sus atribuciones más allá de lo permitido y, por tanto, tampoco para fines distintos que desnaturalicen la causa por la cual les confirieron dichas atribuciones. Entonces, se desarrolla – en mayor medida – lo que previamente se indicó respecto a actuar dentro del marco de la ley y la Constitución, en el sentido de que se establece una restricción sobre dichas normas superiores para no poder ejercer una competencia no atribuida o crear una nueva, dejando muy cerrado el camino a la discrecionalidad, generándose una ‘reserva legal’ para el establecimiento de competencias. Sobre esta premisa, es que se basa la misión de la CEB y de la Sala al verificar que efectivamente la entidad tenga las atribuciones para imponer la medida cuestionada como barrera burocrática, así como que no haya ido más allá de lo que se le permitió o que haya creado una nueva atribución sobre la base de una atribución otorgada. Se debe recordar entonces que la competencia siempre se ha reconocido como de carácter restringido, de manera que solo podrán adoptarse decisiones válidas sobre los asuntos que hayan sido atribuidos en forma clara y expresa (Morón, 2011, p. 307). La corroboración de ello forma parte de la evaluación de legalidad que se realiza para determinar si la medida cuestionada constituye o no una barrera burocrática ilegal y ordenar su inaplicación.

La jurisprudencia administrativa, es decir, los casos resueltos por la CEB y la SEL nos ilustran acerca de cómo se verifica que las entidades administrativas efectivamente cuenten o no con las atribuciones sobre las que se basan para emitir una regulación que contiene una barrera burocrática. A continuación, se enuncian algunas resoluciones que ilustran lo señalado y cuál fue el análisis aplicado en dichos casos:

TABLA I: MUESTRA DE RESOLUCIONES CEB Y ANÁLISIS

| CASO | BARRERA (S) BUROCRÁTICA (S) | APLICACIÓN & CONCLUSIÓN |
|---|--|--|
| <p><u>Resolución:</u> 0373-2018/SEL- INDECOPI</p> <p><u>Sentido de la Resolución:</u> Fundada</p> <p><u>Denunciante:</u> Asociación de Bodegueros del Perú</p> <p><u>Entidad denunciada:</u> Municipalidad Distrital Magdalena de Mar</p> | <p>La prohibición de la exhibición de productos de tabaco en lugares de atención al público donde accedan menores de edad, contenida en el inciso c) del artículo 8 de la Ordenanza 007-2017-MDMM</p> | <p>El análisis aplicado por la SEL fue el siguiente:</p> <p>1) Planteó lo señalado en la Ley 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco: se verificó que dicha ley no contempla una prohibición como la cuestionada por la denunciante.</p> <p>2) Dado que la entidad denunciada fue una municipalidad distrital desarrolló el Artículo VIII del Título Preliminar de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades (LOM) sobre la limitación del ejercicio de las competencias de los gobiernos locales a las leyes nacionales. Asimismo, resaltó lo indicado en el literal 1.1 del artículo IV del TUO de la Ley 27444 que desarrolla el Principio de Legalidad, indicando que las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la Ley y al Derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.</p> <p>3) Resaltó la importancia de lo establecido en el artículo 125 de la</p> |

Ley 26842, Ley General de Salud que explícitamente contempla que el ejercicio descentralizado de competencias de control en materias de salud no supone el ejercicio de competencia normativa.

4) Luego del análisis efectuado respecto de las normas legales nacionales se determinó que las municipalidades únicamente se encuentran facultadas para realizar las inspecciones necesarias que aseguren el cumplimiento de las disposiciones contenidas en la Ley 28705, así como para sancionar a los infractores de la ley y su reglamento, emitiéndose solamente para tal fin las ordenanzas municipales respectivas.

5) Sin embargo, si bien las municipalidades cuentan con competencia de control a fin de fiscalizar el cumplimiento de las normas sectoriales, dicha atribución no supone el ejercicio de competencia normativa, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 125 de la Ley 26842.

| | | |
|---|---|--|
| <p style="text-align: center;"><u>Razonamiento de la SEL & Conclusión</u></p> | <p>1) Las municipalidades solo tienen competencia para fiscalizar y sancionar el cumplimiento de la Ley 28705 y su reglamento.</p> <p>2) La municipalidad reguló una prohibición adicional a las establecidas en la Ley 28705, por lo que dicha entidad actuó fuera del ámbito de sus competencias en contravención con lo dispuesto en la Ley 28705 y el Reglamento, así como en los artículos VIII de la Ley 27972 y IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, los cuales señalan que las entidades deben actuar dentro de sus facultades conferidas.</p> <p>Por ende, la municipalidad distrital estaba atribuyéndose una competencia que no le correspondía y estableciendo un aspecto adicional que no se contempla en la norma legal que regula la comercialización y venta de productos de tabaco.</p> | |
| <p>Resolución: 0142-2017/CEB- INDECOPI</p> | <p>- La exigencia de rendir un «Examen de Suficiencia Profesional» como requisito para la tramitación de una</p> | <p>El análisis aplicado por la CEB fue el siguiente:</p> <p>1. Los colegios profesionales son reconocidos por el artículo 20° de</p> |

| | | |
|---|---|---|
| <p><u>Sentido de la Resolución:</u> Fundada</p> <p><u>Denunciante:</u> Melita Velic</p> <p><u>Entidad denunciada:</u> Colegio Odontológico del Perú (COP)</p> | <p>solicitud de colegiación, materializada en el Texto Único de Procedimientos Administrativos del Colegio Odontológico del Perú publicado en su portal web y en la sección de requisitos del portal web del Colegio Odontológico del Perú y el Colegio Odontológico del Perú-Región Lima.</p> <p>- La exigencia de presentar una «Constancia del Examen de Suficiencia Profesional» como requisito para la tramitación de una solicitud de colegiación, materializada en la Carta N° 032.2016/COP-RL de fecha 8 de agosto de 2016.</p> <p>- La exigencia de presentar «Constancias de pago por derechos de colegiatura» como requisito para la tramitación de una solicitud de colegiación, materializada en la Carta N° 032.2016/COP-RL de fecha 8 de agosto de 2016.</p> | <p>la Constitución con personalidad de derecho público (es decir, pueden ejercer función pública), estableciéndose por ley cuando la colegiación es obligatoria. La Ley N° 15251 creó el COP cuya finalidad es orientar y vigilar el ejercicio de la profesión del odontólogo con arreglo a las normas legales vigentes.</p> <p>2. Los artículos 112° y 114° del Reglamento de la Ley N° 15251 establece un esquema que abarca tanto a titulados en Perú y en el extranjero, indicando los requisitos para colegiarse.</p> <p>3. Indica que el Principio de Legalidad y el artículo 61° de la Ley N° 27444 establecen que las entidades deben actuar dentro de las facultades que se les hayan conferido por ley. Además, señala que el numeral 4) del artículo 75° de la Ley N° 27444 prohíbe a las entidades exigir requisitos sin sustento legal.</p> <p>4. Verificó que los requisitos que se le exigía a Melita Velic no estaban establecidos en la Ley N° 15251, su Reglamento u otra norma legal que habilite al COP a requerírselos. Por tanto, el COP</p> |
|---|---|---|

| | | |
|---|--|---|
| | | <p>no se encontraba autorizado a solicitarlos.</p> <p>5. Adicionalmente, sobre la exigencia de rendir un examen profesional concluyó que la misma vulneraba además lo señalado en el artículo 12° del Decreto Legislativo N° 757 y en el numeral 1.5) del artículo IV° del Título Preliminar de la Ley N° 27444, dado que ambas normas establecen que no pueden establecerse diferencias y/o tratos diferenciados a los administrados, enfatizando la primera no discriminar a inversionistas y empresas por ubicación geográfica.</p> |
| <p><u>Razonamiento de la CEB & Conclusión</u></p> | | <p>1. El COP se encontraba ejerciendo función pública dado que estaba habilitado por la Ley N°15251.</p> <p>2. Sin embargo, concluyó el COP no respetó el Principio de Legalidad ni lo señalado en el artículo 61° de la Ley N° 27444 (hoy, artículo 70° del TUO de la Ley N° 27444) dado que no existía normal legal que les facultara solicitar los requisitos cuestionados como barreras burocráticas. El Reglamento de la Ley tampoco contemplaba dichos requisitos.</p> |

3. También vulneró el inciso 4) del artículo 75° de la Ley N° 27444 que señala expresamente que no pueden solicitarse requisitos no previstos legalmente.
4. Además, concluyó que mediante los requisitos exigidos se discriminaba a la denunciante dado que solo se solicitaban a las personas que habían obtenido su título en el extranjero, vulnerándose el artículo 12° del Decreto Legislativo N° 757 y el numeral 1.5) del artículo IV° del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

La Resolución 0142-2017-CEB/INDECOPI fue confirmada por la SDC mediante **Resolución N° 703-2017/SDC-INDECOPI** del 13 de diciembre de 2017, en todos sus extremos.

Los casos desarrollados anteriormente muestran el razonamiento seguido por la CEB y por la SEL al momento de evaluar las atribuciones y competencias de las entidades denunciadas, lo que se evalúa en el primer sub-nivel de análisis. Las resoluciones ilustradas demuestran la diversidad de casos que pueden presentarse. Por ejemplo, 'la entidad denunciada' en un caso es una municipalidad distrital y en el otro un colegio profesional, el cual ejerce función pública la que es determinada por una ley de creación.

Asimismo, si bien en ambos casos se evalúan las atribuciones y competencias de las entidades denunciadas, en el primer caso se determina que la municipalidad no se encontraba facultada por ley para regular aspectos sobre comercialización y publicidad de los productos de tabaco, sino solamente a fiscalizar el cumplimiento de las normas y a sancionar su incumplimiento pudiendo emitir normas únicamente para el ejercicio de dicha finalidad, dado que la competencia normativa corresponde – exclusivamente - al sector Salud. Por otro lado, en el segundo caso se determina que dentro de las funciones legales

del COP no se encontraba imponer específicamente los requisitos que se denunciaron como barrera burocrática. En el segundo caso, se analiza además el hecho de que la entidad estaba realizando tratamientos discriminatorios, señalándose la vulneración al Decreto Legislativo N° 757 y al Principio de Imparcialidad del TUO de la Ley N° 27444. Como se puede apreciar, la CEB aquí analiza qué otras normas se encontraban siendo vulneradas sin salir del primer sub-nivel de análisis.

RECUERDA...

La evaluación de competencias efectuada por la CEB y la SEL implica, de manera general, reconocer y contrastar las normas legales que otorgan las atribuciones a cada entidad, determinando así si la barrera burocrática cuestionada se ha impuesto dentro del mandato legal para ejercerlas o, por el contrario, la entidad administrativa excedió sus atribuciones. De suceder lo último, la CEB y –en segunda instancia, la SEL puede declarar la ilegalidad de la barrera burocrática, sin tener necesidad de continuar con el análisis.

- **El segundo sub-nivel del análisis de legalidad: cumplimiento de la entidad administrativa de seguir los procedimientos y/o formalidades para aprobación y publicación de la disposición administrativa que contiene barrera burocrática**

En este punto corresponde desarrollar qué sucede si es que se determina que la entidad denunciada, efectivamente, actuó dentro de las atribuciones conferidas por ley. En otras palabras, que la evaluación sobre las competencias de la entidad superó el primer sub-nivel de análisis. De ocurrir ello y, de acuerdo, a la metodología establecida en el Decreto Legislativo N°1256 se continua con la evaluación de legalidad con el segundo sub-nivel de análisis.

En este sub-nivel, se verifica que la autoridad administrativa haya seguido los procedimientos y formalidades establecidos en el TUO de la Ley N° 27444 para emitir y publicar la regulación que contiene la barrera burocrática cuestionada en el procedimiento. Al respecto, en el TUO de la Ley N° 27444 se establecen las reglas principales que las entidades de la Administración Pública deben seguir al emitir una norma para que esta última sea válida de exigir a los administrados. Por su parte, los artículos 53° y 54° del TUO de la Ley N° 27444 establecen reglas específicas respecto al cobro de las tasas dentro de un procedimiento administrativo y los límites establecidos para dichos derechos de

tramitación, enfatizándose que los mismos deben corresponder al costo del servicio que presta la entidad. Asimismo, dependiendo de la materia y de la entidad denunciada se verifica el cumplimiento de los principios y de las formalidades establecidas también en la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo y la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades.

Entre las reglas mencionadas, cabe destacar que el numeral 40.1 del artículo 40° del TUO de la Ley N° 27444 establece que los procedimientos, requisitos y costos deben ser aprobados por Decreto Supremo o norma de mayor jerarquía.

Artículo 40.- Legalidad del procedimiento

40.1 Los procedimientos administrativos y requisitos deben establecerse en una disposición sustantiva aprobada mediante decreto supremo o norma de mayor jerarquía, por Ordenanza Regional, por Ordenanza Municipal, por Resolución del titular de los organismos constitucionalmente autónomos.

En el caso de los organismos reguladores estos podrán establecer procedimientos y requisitos en ejercicio de su función normativa.

Los organismos técnicos especializados del Poder Ejecutivo pueden establecer procedimientos administrativos y requisitos mediante resolución del órgano de dirección o del titular de la entidad, según corresponda, para lo cual deben estar habilitados por ley o decreto legislativo a normar el otorgamiento o reconocimiento de derechos de los particulares, el ingreso a mercados o el desarrollo de actividades económicas. El establecimiento de los procedimientos y requisitos debe cumplir lo dispuesto en el presente numeral y encontrarse en el marco de lo dispuesto en las políticas, planes y lineamientos del sector correspondiente.

40.2 Las entidades realizan el Análisis de Calidad Regulatoria de los procedimientos administrativos a su cargo o sus propuestas, teniendo en cuenta el alcance establecido en la normativa vigente sobre la materia.

40.3 Los procedimientos administrativos deben ser compendiados y sistematizados en el Texto Único de Procedimientos Administrativos, aprobados para cada entidad, en el cual no se pueden crear procedimientos ni establecer nuevos requisitos, salvo lo relativo a la determinación de los derechos de tramitación que sean aplicables de acuerdo a la normatividad vigente.

40.4 Las entidades solamente exigen a los administrados el cumplimiento de procedimientos, la presentación de documentos, el suministro de información o el

pago por derechos de tramitación, siempre que cumplan con los requisitos previstos en el numeral anterior. Incurrir en responsabilidad la autoridad que procede de modo diferente, realizando exigencias a los administrados fuera de estos casos.

40.5 Las disposiciones concernientes a la eliminación de procedimientos o requisitos o a la simplificación de los mismos pueden aprobarse por Resolución Ministerial, por Resolución de Consejo Directivo de los Organismos Reguladores, Resolución del órgano de dirección o del titular de los organismos técnicos especializados, según corresponda, Resolución del titular de los organismos constitucionalmente autónomos, Decreto Regional o Decreto de Alcaldía, según se trate de entidades dependientes del Poder Ejecutivo, Organismos Constitucionalmente Autónomos, Gobiernos Regionales o Locales, respectivamente.

40.6 Los procedimientos administrativos, incluyendo sus requisitos, a cargo de las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa deben ser debidamente publicitados, para conocimiento de los administrados.

La verificación efectuada en este sub-nivel de análisis implica las siguientes premisas:

TABLA II: PREMISAS DE VERIFICACIÓN DE LA CEB

- a) El TUO de la Ley N° 27444 establece supuestos de forma que deben ser cumplidos por las entidades administrativas al momento de establecer requisitos y procedimientos que se encuentren compendiados en sus respectivos TUPA.
- b) Para que la administración pública pueda exigirle a los administrados el cumplimiento de procedimientos y requisitos, estos deben ser aprobados exclusivamente mediante decreto supremo o norma de mayor jerarquía y posteriormente compendiados y sistematizados en el Texto Único de Procedimientos Administrativos de la entidad.
- c) Incurrir en responsabilidad administrativa el funcionario que solicite o exija el cumplimiento de requisitos que estando en el TUPA no hayan sido establecidos por la normatividad vigente.
- d) Para que una entidad pueda exigir el pago de los derechos de tramitación debe estar facultada con norma legal para ello y cumplir con que éste haya sido aprobado por

- decreto supremo o norma de mayor jerarquía.
- e) Los derechos de tramitación deben estar consignados en el TUPA de la entidad y dicho documento debe tener respaldo legal.
 - f) La norma que aprueba el TUPA también puede aprobar los derechos de tramitación.
 - g) El derecho de trámite debe implicar la prestación de un servicio de la entidad específico e individualizable sobre el administrado, así como en función del costo de las actividades que este servicio implique.
 - h) Todas las normas de aprobación mencionadas anteriormente deberán ser publicadas en el Diario Oficial. Asimismo, el TUPA también deberá estar publicado en el Portal Institucional de la entidad y en el Portal del Servicio al Ciudadano y Empresa (PSCE).

Existen diversos pronunciamientos de la CEB y de la SEL mediante los cuales puede apreciarse la evaluación del cumplimiento de formalidades, concluyéndose después de dicha verificación que las entidades administrativas no habían cumplido con lo señalado anteriormente, por lo que se declaró la ilegalidad de las medidas cuestionadas.

Para mayor alcance puedes consultar las Resoluciones N° 0464-2014/CEBINDECOPI, 0166-2017/CEB-INDECOPI; 1901-2007/TDC, 415-2011/SC1-INDECOPI, 521-2011/SC1-INDECOPI, 0559-2014/SDC-INDECOPI, 0783-2014/SDC-INDECOPI, 0121-2018/SEL-INDECOPI, 0135-2018/SEL-INDECOPI, 0136-2018/SEL-INDECOPI, 0039-2019/SEL-INDECOPI, 0040-2019/SEL-INDECOPI, 0041-2019/SEL-INDECOPI.

RECUERDA...

Se verificará en este sub-nivel que las entidades efectivamente hayan cumplido con las formalidades y procedimientos establecidos legalmente para emitir y aprobar los procedimientos, requisitos y derechos de tramitación (tasas) de una entidad, incluida la verificación de la publicación en el Diario Oficial y en los portales electrónicos correspondientes, así como el cumplimiento de otras formalidades adicionales. Si la entidad denunciada no cumplió con alguna de las reglas contenidas en los artículos del TUO de la Ley N° 27444, la CEB y la SEL tienen la potestad de declarar la ilegalidad de la barrera burocrática, sin tener necesidad de seguir con el tercer sub-nivel del análisis de legalidad.

- **El tercer sub-nivel del análisis de legalidad: si la barrera burocrática contraviene o no alguna disposición legal de simplificación administrativa o cualquier norma legal**

Esta es la última fase del análisis de legalidad dentro de la metodología establecida por el Decreto Legislativo N° 1256 y es aquí donde se deberá determinar si se continua con la evaluación de razonabilidad (de haberse presentado las condiciones para ello).

Sobre el particular, una vez que se verificaron (i) las atribuciones y (ii) el cumplimiento de las formalidades por parte de la entidad administrativa, la metodología establecida en la nueva ley indica proceder a la corroboración de que ninguna (otra) norma legal se encuentre siendo vulnerada por la barrera burocrática cuestionada en el procedimiento. De ahí que, se verificará el cumplimiento de las disposiciones legales en materia de simplificación administrativa o de cualquier otra norma legal dentro del ordenamiento jurídico, procurando evitar que se perjudique el acceso y/o permanencia de los agentes económicos en el mercado y/o la tramitación de un procedimiento administrativo, afectándose los principios y normas de simplificación administrativa.

TABLA III: ETAPAS DEL ANÁLISIS

| LAS TRES ETAPAS DE ANÁLISIS | EVALUACIÓN REALIZADA | CONCLUSIÓN | |
|--|----------------------|------------|-----------|
| Verificación de las atribuciones y competencias de la entidad | X | SUPERA | NO SUPERA |
| Continúa el análisis | | | |
| Cumplimiento de las formalidades y procedimientos para emitir la barrera burocrática | X | SUPERA | NO SUPERA |
| Continúa el análisis | | | |
| Contravención al ordenamiento legal | X | SUPERA | NO SUPERA |

Sobre lo anterior, se debe mencionar que el Decreto Legislativo N° 1256 se inspiró mayormente en lo establecido en el Precedente de los 'Taxis Amarillos' respecto a lo concerniente a la evaluación de legalidad.

Para dar un ejemplo de qué tipo de normas legales son las que se analizan en el tercer sub-nivel de evaluación, se plantean casos y cuáles fueron las normas legales que se analizaron luego de que se superaron las dos primeras etapas del análisis de legalidad (atribuciones y formalidades).

En primer lugar, se plantea un caso resuelto por la CEB y la Sala respecto a un cuestionamiento por parte de la empresa Farmacia Universal contra el Ministerio de Salud (dicho caso fue resuelto antes de la emisión del Decreto Legislativo N°1256, sin embargo, no desnaturaliza lo indicado en dicha norma legal).

CASO FARMACIA UNIVERSAL – MINISTERIO DE SALUD

El ministerio denunciado se encontraba prohibiendo que se utilice el término "Farmacia" en la razón social y/o nombre comercial de un establecimiento farmacéutico en tanto no cuente con un químico farmacéutico como propietario del mismo, contenida en los numerales 4, 33 y 34 del artículo 2° del Decreto Supremo 014-2011-SA, Reglamento de Establecimientos Farmacéuticos.

Para mayor alcance consultar las Resoluciones N° 0386-2014/CEB-INDECOPI y 0278-2015/SDC-INDECOPI que desarrollan el caso ilustrado.

En el referido caso, la aplicación de la metodología correspondiente al análisis de los tres sub-niveles de legalidad se puede resumir en lo siguiente:

TABLA IV: ETAPAS DEL ANÁLISIS DE LEGALIDAD CASO FARMACIA UNIVERSAL - MINISTERIO DE SALUD

| | | |
|---|---|--|
| <p>LAS TRES ETAPAS DEL ANÁLISIS DE LEGALIDAD</p> | <p>Cumplimiento de las formalidades y procedimientos para emitir la barrera burocrática</p> | <p>Se verificó que el decreto supremo que aprobada el reglamento que contenía la prohibición denunciada efectivamente se había rubricado por el Presidente de la República y refrendado por los Ministros de Economía y Salud.</p> <p>También que el decreto supremo se había publicado en el Diario Oficial "El Peruano".</p> |
| | <p>Atribuciones y competencias de la entidad</p> | <ul style="list-style-type: none"> - La Ley N° 29459, Ley de los productos farmacéuticos, dispositivos médicos y productos sanitarios, reconoce al Ministerio de Salud como la Autoridad Nacional de Salud. - La Ley N° 29459 le atribuye al Ministerio la competencia para definir las políticas y normas referentes a los productos farmacéuticos. - La Ley N° 29459 establece que los reglamentos de dicha ley como el Reglamento de los Establecimientos Farmacéuticos se proponen por la Autoridad Nacional de Productos Farmacéuticos, Dispositivos Médicos y Productos Sanitarios (dicha autoridad es la DIGEMID) y se aprueban por el Ministerio. |

| | | |
|--|---|---|
| | | <p>El Ministerio cuenta con competencia para emitir el Decreto Supremo N° 014-2011-SA, Reglamento de Establecimientos Farmacéuticos.</p> |
| | <p>Contravención a las normas legales del ordenamiento jurídico</p> | <p>Se plantearon las siguientes leyes:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La Ley N° 29459 2. El numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444 3. El numeral 13.2 del artículo 13° de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo- LOPE <p>Se contrastó lo establecido en dichas leyes frente a la restricción (cuestionada como ilegal y carente de razonabilidad) de <i>utilizar el término 'Farmacia' en la razón social y/o nombre comercial de los establecimientos farmacéuticos en tanto no cuenten con químico farmacéutico</i>, contenida en el Decreto Supremo N°014-2011-SA.</p> |

El análisis realizado por la CEB y la Sala del tercer sub-nivel de la etapa de evaluación de legalidad en el caso de Farmacia Universal – Ministerio de Salud determinó lo siguiente:

Sobre la Ley N° 29459 frente a lo establecido en el Decreto Supremo N° 014-2011-SA

- a) El capítulo VII de la Ley N° 29459 señala en su artículo 23° que todos los establecimientos farmacéuticos que incluye 'Botica', 'Farmacia' y 'Droguerías' deben contar con **un director técnico que sea Químico Farmacéutico** de profesión.
- b) El artículo 23° de la Ley N° 29459 indica que la responsabilidad por la calidad del producto recae solidariamente entre director técnico, propietario y representante legal del establecimiento. Ello evidencia que la ley distingue entre los tres supuestos reconociendo la posibilidad de que los mismos sean personas diferentes.
- c) En la misma línea, los artículos 51° y 52° también distinguen entre las condiciones de propietario, representante legal y director técnico (químico farmacéutico).
- d) La Ley N° 29459 no señala que los establecimientos denominados 'Farmacia' deben contar con un profesional químico farmacéutico como propietario. Por el contrario, todos los artículos de la ley apuntan a que dicha norma reconoce la posibilidad de que las tres (3) figuras (propietario, director técnico y representante legal) sean distintos. De ahí que, no prohíbe que sean tres sujetos diferentes.
- e) El propio Decreto Supremo N° 014-2011-SA sigue el sentido de la redacción en su artículo 11° donde señala que la responsabilidad que afecta al Director Técnico alcanza al propietario o representante legal. Además, en el artículo 18° de dicho reglamento se señalan los requisitos para obtener una autorización sanitaria de funcionamiento para operar una Farmacia o Botica, reconociendo que puede solicitarlo una persona natural o jurídica, reforzando la interpretación de que no se prohíbe que el propietario sea distinto a un Químico Farmacéutico.

Sobre el Principio de Legalidad del numeral 1.1 del artículo IV de la Ley N° 27444 y el numeral 13.2 del artículo 13° de la LOPE frente a la barrera burocrática cuestionada

Se determinó que debido a que la Ley N° 29459 no prohíbe que el propietario de los referidos establecimientos farmacéuticos no sea un Químico Farmacéutico, la medida cuestionada se encontraba también vulnerando lo establecido en el Principio de Legalidad y el artículo 13° de la LOPE, debido a que se transgredió y desnaturalizó lo establecido en una norma legal.

Luego de efectuar el contraste desarrollado se concluyó la **ilegalidad** de la barrera burocrática.

En segundo lugar, a continuación, se presentan ejemplos relativos a la emisión de actos administrativos, en los cuales la CEB y/o la SALA determinan la ilegalidad de exigir la renovación de un acto administrativo, debido a que ello es incompatible con lo establecido en el TUO de la Ley N° 27444. En tal sentido, los artículos 2°, 3°, 4°, 5°, 6° y 7° del TUO de la Ley N° 27444 establecen las reglas aplicables a la expedición de un acto administrativo. Una de las reglas importantes que ha sido analizada dentro de los pronunciamientos sobre eliminación de barreras burocráticas se encuentra establecida en el artículo 2° del TUO de la Ley N° 27444:

Artículo 2.- Modalidades del acto administrativo

2.1 Cuando una ley lo autorice, la autoridad, mediante decisión expresa, puede someter el acto administrativo a condición, término o modo, siempre que dichos elementos incorporables al acto, sean compatibles con el ordenamiento legal, o cuando se trate de asegurar con ellos el cumplimiento del fin público que persigue el acto.

2.2 Una modalidad accesoria no puede ser aplicada contra el fin perseguido por el acto administrativo.

Sobre ello, la CEB y la SALA han emitido diversos pronunciamientos, por ejemplo, en torno a las autorizaciones que otorgan las municipalidades para la colocación de anuncios publicitarios, considerándose que dichas autorizaciones se deben otorgar con vigencia indeterminada. Dichos pronunciamientos dieron origen a una reciente emisión de nuevos **Lineamientos sobre Restricciones en la Ubicación de Anuncios Publicitarios**, aprobados mediante Resolución N°0576-2015/CEB-INDECOPI del 18 de diciembre de 2015. La publicación se efectuó mediante Resolución N° 129-2016-INDECOPI/COD, el 12 de julio de 2016. Dicho documento puede ser consultado en el siguiente enlace virtual: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/51759/1341596/lineamientos+anuncios+%282%29.pdf> (fecha de consulta: 13 de mayo de 2017). Anteriormente, mediante Resoluciones N°01-96-CAM/INDECOPI y N° 0148-2008/CEB-INDECOPI, se aprobaron lineamientos sobre colocación de anuncios publicitarios, los cuales han sido dejados sin efectos por los recientemente emitidos.

El criterio determinado por la CEB y la SEL señala que conforme a lo señalado en el artículo 2° de la Ley N° 27444 **los actos administrativos pueden estar sujetos a término – únicamente- cuando una ley lo autorice y cuando se haga mediante decisión expresa de**

la entidad (entendiéndose "ley" en el sentido estricto del término, es decir norma con rango y fuerza de ley). Por tanto, una autoridad administrativa sólo puede imponer un plazo a la efectividad del acto administrativo, de manera excepcional y con autorización expresa de una norma con rango y fuerza de ley.

Una regla distinta, **implicaría la plena discrecionalidad de las entidades administrativas para determinar el término de un acto administrativo**, lo que podría **derivar en arbitrariedades**. Por ello, la aplicación del artículo 2° de la Ley N° 27444 es una protección para los administrados sobre las potenciales arbitrariedades, otorgando además estabilidad y seguridad jurídica.

Con la ilustración de estos ejemplos se culmina con el desarrollo del análisis de legalidad de acuerdo a la metodología establecida para evaluar una barrera burocrática, para así dar paso al desarrollo de la evaluación de razonabilidad.

RECUERDA...

La CEB y la SEL – en segunda instancia - verificará en este sub-nivel que las entidades denunciadas no hayan contravenido alguna norma legal (leyes / decretos legislativos). Dicha verificación se realiza contrastando el cuerpo normativo existente frente al contenido de la norma administrativa que materializa la barrera burocrática cuestionada en cada caso. Si se determina la vulneración de alguna norma legal se declara la ilegalidad de la referida barrera, sin tener la necesidad de continuar con el análisis de razonabilidad. Sin embargo, la CEB y la SALA pueden determinar continuar con la mencionada evaluación de considerarlo importante por la materia que se trate.

2.3 La Evaluación de Razonabilidad de una barrera burocrática

El análisis de razonabilidad constituye la segunda etapa dentro de la metodología de análisis de una barrera burocrática. En este punto el análisis de la CEB y/o de la SEL se realiza sobre determinados aspectos que deben corroborarse para declarar o no la carencia de razonabilidad de la medida. Se debe resaltar que en el precedente de los 'Taxis Amarillos' la

evaluación de razonabilidad contenía premisas similares a las establecidas, actualmente, en el Decreto Legislativo N° 1256.

El sustento para aplicar una evaluación de razonabilidad dentro del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas parte por comprender la legitimidad de la acción del lado de la entidad - en cuanto a la justificación de protección del interés público alegado - así como de la verificación que la medida no ha sido impuesta de forma improvisada, sino que se ha establecido tomando en cuenta su impacto, beneficios y perjuicios. Únicamente determinando estos aspectos se podrá determinar si efectivamente es razonable exigirla a los agentes económicos.

En otros países también se han establecido mecanismos para analizar la razonabilidad de medidas contenidas en regulaciones. Sobre ello, se puede resaltar que bajo el nombre de *Principio de Proporcionalidad* se estableció de que las cargas que la Administración Pública impone a los ciudadanos sean justificadas por razones de idoneidad, necesidad y proporcionalidad (en sentido estricto); además los gobiernos exigen cada vez más a sus oficinas públicas un 'Análisis de Impacto Regulatorio' mediante el cual se establece que deben ser implementadas únicamente aquellas regulaciones cuyos beneficios superan a sus costos y que sean consideradas como alternativa menos intrusiva y costosa para el sujeto regulado (Ochoa F., 2014, p.26).

En el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas, la verificación de que las regulaciones se hayan dado de *manera justificada y midiendo el impacto sobre los afectados* se convierte en una corroboración posterior a la emisión de la regulación – sujeta a que se haya presentado una denuncia o se haya iniciado una investigación de oficio - con la finalidad de determinar si esta última es o no carente de razonabilidad, declarándose su inaplicación de no acreditarse con fundamentos claros y precisos la imposición de la medida.

Sin embargo, existe una condición importante que determina si la CEB continúa con la evaluación de la razonabilidad sobre la medida cuestionada, esto es la presentación de indicios.

- El requisito de presentación de **indicios** como condición para proceder con el análisis de razonabilidad de una barrera burocrática

El artículo 15° del Decreto Legislativo N° 1256 señala las condiciones aplicables a la presentación de indicios de carencia de razonabilidad que se le exige a la parte denunciante:

Artículo 15.- Condiciones para realizar el análisis de razonabilidad

La Comisión o la SALA, de ser el caso, realiza el análisis de razonabilidad de una barrera burocrática en los procedimientos iniciados a pedido de parte, **siempre que el denunciante presente indicios suficientes respecto a la carencia de razonabilidad de la misma en la denuncia y hasta antes de que se emita la resolución que resuelve la admisión a trámite** de esta. En los procedimientos iniciados de oficio, la Comisión o la SALA realiza dicho análisis en caso de que, a través de la resolución de inicio, se hubiera sustentado la existencia de indicios suficientes sobre la presunta carencia de razonabilidad de la medida.

En cuanto a las condiciones desarrolladas para presentar los indicios de carencia de razonabilidad, se ha precisado que no basta con que la medida analizada haya superado la evaluación de legalidad, es decir, que se declare que la barrera burocrática como 'legal', pues se debe determinar si el denunciante aportó elementos de juicio suficientes (indicios) que dan cuenta que la medida denunciada es arbitraria o desproporcionada. Además, se estableció la regla de que los indicios deben ser presentados antes de la admisión a trámite, dado que la resolución del admisorio fija la materia (Paredes y Ugas, 2014, p.83).

Asimismo, de lo desarrollado en el artículo 15° del Decreto Legislativo N° 1256, se puede apreciar que dicha norma legal establece también el supuesto para los casos de los procedimientos de oficio, condicionando la evaluación de razonabilidad a la presentación de indicios en la resolución que inicia el procedimiento.

Por otra parte, es importante indicar que la CEB y la SALA han desarrollado un conjunto de premisas para entender qué eran indicios razonables que permitieran 'habilitar' la continuación del análisis de la medida cuestionada, a través de la evaluación de razonabilidad. Dichos criterios, de alguna manera, fueron establecidos a través del tiempo mediante la jurisprudencia administrativa. Hoy en día, se han establecido supuestos respecto a lo que legalmente se consideran 'indicios de carencia de razonabilidad', tal como se puede apreciar en el artículo 16° del Decreto Legislativo N° 1256:

Artículo 16.- Indicios sobre la carencia de razonabilidad

16.1 Los indicios a los que hace referencia el artículo precedente deben estar dirigidos a sustentar que la barrera burocrática califica en alguno de los siguientes supuestos:

- a. Medida arbitraria: es una medida que carece de fundamentos y/o justificación, o que teniendo una justificación no resulta adecuada o idónea para alcanzar el objetivo de la medida; y/o
- b. Medida desproporcionada: es una medida que 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.

16.2 Sin que se considere como una lista taxativa, no se consideran indicios suficientes para realizar el análisis de razonabilidad los siguientes argumentos:

- a. Que no se encuentren referidos a la barrera burocrática cuestionada.
- b. Que tengan como finalidad cuestionar la pertinencia de una política pública.
- c. Alegaciones o afirmaciones genéricas. Se deben justificar las razones por las cuales se considera que la medida es arbitraria y/o desproporcionada.
- d. Alegar como único argumento que la medida genera costos.

Respecto de lo que legalmente se considera indicios se desarrollan dos supuestos: (i) **medida arbitraria** y/o (ii) **medida desproporcionada**.

La referida norma desarrolla el concepto de medida arbitraria como aquella que no está justificada y que tampoco se encuentra sustentada con fundamentos para su imposición. Asimismo, se incluye en la definición a aquella medida que teniendo justificación no cumple con el propósito que se busca alcanzar (o probablemente el interés público que se quiere proteger), por lo que se puede determinar que no es la más adecuada para los fines buscados. Esta definición legal se complementa con lo señalado por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 0090-2004-AA/TC en la que señaló que un acto arbitrario es aquella decisión caprichosa, vaga e infundada desde la perspectiva jurídica, la cual es contraria a los principios de razonabilidad y proporcionalidad (Paredes y Ugás, 2014, p.87).

La nueva ley indica respecto a lo que se considera como medida desproporcionada a la que se excede, es decir, se sobrepasa respecto a los objetivos que busca alcanzar y/o respecto de la cual podrían plantearse otras medidas alternativas que puedan lograr el mismo objetivo sin afectar tanto a los involucrados (opción menos grave).

En esta línea, una medida arbitraria puede considerarse como una medida sin justificación, mientras que una medida desproporcionada se refiere a medidas cuya imposición y/o costos exceden sus beneficios y resultados - y/o que existiendo otras opciones, no las han considerado y/o que habiéndolas considerado, no resultan ser las menos costosas.

Por otra parte, conocer cómo presentar indicios de razonabilidad que se ajusten a lo requerido para continuar con el análisis es un punto muy relevante dentro del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas, dado que de ello dependerá que la CEB y/o la SALA determinen que efectivamente se puede iniciar el análisis de razonabilidad de la medida. En ese sentido, una persona que quisiera interponer una denuncia ante la CEB o apelar ante la SALA debe conocer y comprender la importancia de presentar indicios suficientes, pues no se trata únicamente de mencionar, de manera general, qué puede estar afectándose con la barrera burocrática, sino que se debe ser muy específico y preciso. El propio numeral 16.2 del artículo 16° del Decreto Legislativo N° 1256 señala - sin que sean los únicos supuestos - qué tipos de argumentos serían descartados como indicios dentro de un procedimiento de eliminación de barreras burocráticas.

Desde antes de la emisión del Decreto Legislativo N° 1256, ya se habían establecido criterios para decidir si correspondía o no que la CEB o la SALA entren a la evaluación de razonabilidad. Sobre esto, se puede decir que la carga de la prueba impuesta a los denunciantes para cuestionar la carencia de razonabilidad de un acto o disposición administrativa es elevada pues debe estar debidamente motivada para crear convicción a la CEB o la SALA; ello incluye la acreditación del indicio de desproporción porque se necesita que se argumente adecuadamente qué otras medidas hubieran sido igualmente satisfactorias para proteger el interés público (Paredes y Ugás, 2014, p.91).

Dado que se entiende que la exigencia de presentación de indicios es rigurosa, un criterio adoptado por la CEB y por la SALA es aceptar como indicios aquellos argumentos (tanto de los denunciantes como del Indecopi) que fueron expuestos en algún pronunciamiento

anterior (resolución), en el que se hayan aceptado los indicios presentados por la parte denunciante y se haya realizado la evaluación de razonabilidad sobre la misma barrera burocrática. En tal sentido, los nuevos denunciantes pueden citar la resolución donde se incluya ello. De ser así, hacen suyos los argumentos de los denunciantes y/o del Indecopi y así tienen la garantía de que la CEB o la SALA pasarán el nivel indiciario y realizarán el análisis de razonabilidad (Paredes y Ugás, 2014, p.91). Dicho criterio ha sido desarrollado en diversa jurisprudencia administrativa, tal como se puede apreciar, por ejemplo, en las Resoluciones N° 0342-2014/CEB-INDECOPI, 0377-2014/CEB-INDECOPI, entre otras.

Finalmente, es relevante indicar que cuando se haya cumplido con una adecuada presentación de indicios, corresponde a la CEB y la SALA evaluar los argumentos que la entidad denunciante formuló respecto de los mismos. En esta misma línea, el artículo 17° del Decreto legislativo N° 1256 reconoce la potestad de las autoridades administrativas de desvirtuar los argumentos contenidos como indicios de carencia de razonabilidad durante todo el procedimiento (hasta antes del pronunciamiento final):

Artículo 17.- Posibilidad de cuestionar los indicios sobre carencia de razonabilidad

Durante el procedimiento, la entidad puede presentar información y/o documentación que desacredite los indicios de carencia de razonabilidad de la medida.

Para ilustrar lo señalado respecto a la presentación de indicios, se continuará con el caso de **Farmacia Universal vs el Ministerio de Salud**, desarrollado en la evaluación de legalidad. Se quiere ilustrar este caso porque en dicha ocasión pese a que se declaró la restricción cuestionada como barrera burocrática ilegal, la Sala determinó que por la importancia del tema procedería con el análisis de razonabilidad.

En dicha oportunidad, 'Farmacia Universal' había presentado indicios de carencia de razonabilidad los cuales se detallan a continuación:

| INDICIOS DE CARENCIA DE RAZONABILIDAD PRESENTADOS | |
|---|--|
| MEDIDA ARBITRARIA | <p>La medida carece de fundamentos dado que no precisan el bien jurídico tutelado</p> <p>No hay precisión sobre el análisis y resultado de la ponderación de la medida frente a otros bienes jurídicos tutelados como el derecho a la Libertad de Empresa y derecho de Uso de una Marca registrada ('Farmacia Universal')</p> <p>No hay una justificación para diferenciar entre Botica y Farmacia.</p> |
| MEDIDA DESPROPORCIONADA | <p>La protección del interés público (Salud) se ve protegido con la designación de un profesional Químico Farmacéutico como responsable (director técnico) del establecimiento farmacéutico, por lo que resulta carente de razonabilidad que se exija que el propietario también lo sea.</p> <p>La medida es excesiva en relación a sus fines dado que no analizan los efectos altamente perjudiciales en el mercado de farmacias.</p> |

Como se puede apreciar, Farmacia Universal presentó argumentos precisos respecto de los indicios de carencia de razonabilidad de la barrera burocrática cuestionada: la restricción de *utilizar el término 'Farmacia' en la razón social y/o nombre comercial de los establecimientos farmacéuticos en tanto no cuenten con químico farmacéutico*, contenida en el Decreto Supremo N°014-2011-SA. Por ello, la CEB y la SALA aceptaron los mismos y determinaron continuar con el análisis de razonabilidad, invirtiéndose la carga de la prueba a la entidad denunciada (Ministerio de Salud) y analizándose los argumentos de dicha entidad sobre el cumplimiento de los aspectos que se detallarán en el numeral a continuación.

2.4 Aspectos a evaluarse dentro de la Evaluación de Razonabilidad de una barrera burocrática

El artículo 18° del Decreto Legislativo N° 1256 desarrolla la parte correspondiente a la evaluación de razonabilidad de una barrera burocrática propiamente, estableciéndose que la CEB y/o la SALA deben verificar que lo siguiente se cumpla, dado que - de lo contrario - se declara la carencia de razonabilidad de la medida en cuestión, conforme al numeral 18.2 del artículo 18° del Decreto Legislativo N° 1256:

2.4.1 La medida no es arbitraria.

Para lo cual la entidad denunciada deberá acreditar:

✓ Existencia de un Interés Público que sustente la medida cuestionada

El literal a.1) del numeral 18.1) del artículo 18° establece como primera condición para acreditar que la medida no es arbitraria la existencia de un **Interés Público** tutelado (se debe recordar que la Unidad 1 desarrolló su definición), exigiendo que dicho interés debe encontrarse dentro del ámbito de atribuciones de la entidad administrativa que impone la barrera burocrática.

Por ejemplo, el Ministerio de Salud únicamente podrá establecer medidas concernientes a proteger la salud de los ciudadanos regulando y supervisando, por ejemplo, que las medicinas comercializadas sean adecuadas. Sin embargo, no podrá regular respecto del límite de velocidad automovilístico en la ciudad - aunque indirectamente se quiera prevenir accidentes que afectan la salud - porque ello es parte de las atribuciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

✓ Existencia del problema que busca solucionarse con la medida y la Idoneidad de la medida cuestionada

Pese a que puede suceder que exista una preocupación real por parte de la entidad respecto del interés público que busca proteger, ello no es suficiente, debe existir un problema y no solo una inquietud. Esto tiene una razón de ser puesto que las autoridades administrativas tendrían plena discrecionalidad en invocar un interés público bajo sus atribuciones para imponer diversas medidas, sin ningún tipo de limitación.

Por ello, se ha determinado que, además de invocar un interés en la protección de un interés público, la entidad deba acreditar la existencia de un problema que afecta dicho interés y que la medida adoptada es idónea para solucionar el problema.

Los literales a.2 y a.3 del numeral 18.1 del artículo 18° de la nueva ley ha recogido el criterio relativo a que exista un problema para plantear una solución. Con ello, se evitan regulaciones sin sustento o justificación. Por otra parte, no solamente se trata de expedir una medida que procure atender el problema existente, sino que sea adecuada para lograr la solución al problema o alcanzar su objetivo. De lo contrario, el planteamiento de la medida se tornaría inútil.

Esta primera condición (que la medida no sea arbitraria) y todos sus elementos analizados constituye el primer filtro y/o sub-etapa dentro de la evaluación de razonabilidad. Por su parte, el numeral 18.2 del artículo 18° del Decreto Legislativo N° 1256 establece el criterio mediante el cual, de no superarse cualquiera de las dos acreditaciones (medida no arbitraria y medida proporcional), se declara la carencia de razonabilidad de la barrera burocrática. Esto implica que si se detecta que la entidad denunciada no acreditó que la medida no sea arbitraria, la CEB y/o la SALA podrían determinar que la barrera burocrática es carente de razonabilidad, sin necesidad de continuar con el análisis de la proporcionalidad de la medida. Sin embargo, dentro de los pronunciamientos emitidos, normalmente, se ha continuado con el análisis de razonabilidad respecto a si la medida es proporcional, analizándose sus elementos.

2.4.2 La medida es proporcional a sus fines

Para lo cual la entidad denunciada deberá acreditar:

- a) Una evaluación sobre los siguientes aspectos:
- ✓ Los beneficios y/o impacto positivo que genera la medida
 - ✓ Costos para los agentes afectados
 - ✓ El impacto negativo sobre los agentes económicos y otros agentes obligados
 - ✓ El impacto negativo para la competencia en el mercado

Como definición de lo que supone la evaluación de la proporcionalidad de la medida se puede decir que ello consiste en que se evalúe si la entidad denunciada acreditó que las cargas o restricciones impuestas a los administrados son proporcionales a los fines que

pretende alcanzar. Para tal efecto, se debe verificar si la entidad denunciada realizó un análisis costo-beneficio de manera previa a la imposición de la medida, optando por imponerla solo cuando los beneficios superen a los costos (Paredes y Ugás, 2014, p. 99). Justamente la definición antes descrita permite dilucidar los tres elementos señalados con respecto a la evaluación que debe realizar la entidad.

A manera de simplificar lo antes dicho, muchas veces las entidades optan por una medida que consideran más fácil de imponer porque: trasladan los costos a los administrados y/o agentes económicos afectados; la replican de otro ordenamiento jurídico sin analizar el contexto particular; la aplican de manera general sin identificar sus alcances e impacto; no realizan algún tipo de evaluación del impacto de la norma; no plantean los costos que significan sobre el mercado y sobre los administrados. Y, si todo ello responde *proporcionalmente* – con lo que se busca proteger como interés público alegado por la autoridad.

b) La medida genera más beneficios que costos

Este elemento está establecido en el literal b.2 del numeral 18.1 del artículo 18° de la nueva ley. Es acertado que se haya especificado como un elemento que se debe acreditar dentro de la proporcionalidad porque el objetivo al imponer una medida y/o una regulación debe ser obtener mayores beneficios que perjuicios, por un tema de eficiencia.

Sobre ello, es relevante señalar que analizar los costos y beneficios de una actividad consiste en colocar valores a los flujos de dichas variables, con el objetivo de representar un sistema de información para la toma de decisiones sobre alternativas posibles, cuyo objetivo radica en determinar cuál alternativa logra los objetivos al mínimo costo (Paredes y Ugás, 2014, p. 99).

Por ello, el objetivo será que existan más beneficios que costos, asegurándose con ello que se ha considerado un tema de eficiencia al proponer la medida.

c) Haber analizado otras medidas alternativas que permitan demostrar que las mismas no resultarían menos costosas o igualmente efectivas, incluyéndose la posibilidad de no emitir una nueva regulación (literal b.3 del numeral 18.1 del artículo 18° de la nueva ley)

Este punto se debe garantizar que se plantearon una serie de opciones de medidas (una diversidad de alternativas) y que se evaluaron todas, optándose la que generaría menos perjuicio y más beneficio.

Un aspecto importante que se encuentra establecido en el literal b.3 del numeral 18.1 del artículo 18° del Decreto Legislativo N° 1256 y que llama la atención consiste en que dentro de las alternativas se incluya – como una de ellas- la posibilidad de no emitir una nueva regulación, es decir, se incentivaría a tratar de encontrar una alternativa que no sea la imposición de una nueva medida sino alternativas 'más flexibles' con efectos disuasivos o mantener la regulación existente eliminando las posibles barreras burocráticas.

Se ha concluido con desarrollar lo correspondiente al análisis de razonabilidad, por lo que corresponde ilustrar los elementos de la evaluación de razonabilidad y el análisis que se ha venido realizando a través de la jurisprudencia administrativa emitida por la CEB y la SALA. Para ello, se presentarán dos (2) casos con resultados distintos, en el primero se ilustra cómo la Sala determinó que sí se habían presentado indicios continuando con el análisis de razonabilidad pese a haber determinado que la medida resultaba ilegal. En el segundo, se desarrollará cuál fue el giro que da un caso de la primera instancia (CEB) a la segunda instancia (SEL), determinándose que lo considerado indicios resultó no serlo para la Sala.

- **EJEMPLO 1: CASO 'FARMACIA UNIVERSAL' – MINISTERIO DE SALUD**

Este caso se ha desarrollado en la parte correspondiente a la evaluación de legalidad y a la presentación de indicios y, si bien, el referido caso fue resuelto con anterioridad a la emisión del Decreto Legislativo N° 1256 contribuye a explicar los criterios que se han venido aplicando dentro de la metodología de análisis de una barrera burocrática, en la evaluación de legalidad y de razonabilidad.

'Farmacia Universal' denunció al Ministerio de Salud por la imposición de la restricción de utilizar el término 'Farmacia' en la razón social y/o nombre comercial de los establecimientos farmacéuticos en tanto no cuenten con un químico farmacéutico como propietario, contenida en el Decreto Supremo N°014-2011-SA. Como se ha desarrollado anteriormente, es importante analizar este caso, dado que, si bien se declaró la referida

barrera burocrática como ilegal, la SALA consideró pertinente analizar la razonabilidad de la medida por el alto impacto de la misma. Para ello, la CEB y la SALA reconocieron que 'Farmacia Universal' había cumplido con presentar indicios adecuados de carencia de razonabilidad, tal como se ilustró previamente.

En esta parte se quiere ilustrar cómo se realizó el análisis de razonabilidad de la barrera burocrática impuesta por el Ministerio de Salud:

En primer lugar, es importante señalar el argumento del Ministerio sobre la existencia de una contradicción al decir que si bien la restricción cuestionada cuenta con un interés público, no se haya acreditado que sea idónea. Sobre ello, la SALA reiteró lo mencionado precedentemente acerca de que no basta alegar que existe un interés público que proteger. Indicó que la evaluación de si la medida denunciada tutela un interés público no se limita en verificar la existencia del mismo. Por el contrario, se debe determinar la existencia de un problema que afecte el interés público y si la restricción cuestionada podía solucionarlo. Por tanto, puede no superarse la evaluación de idoneidad, pese a que exista un interés público.

| INTERÉS PÚBLICO E IDONEIDAD | EVALUACIÓN DE RAZONABILIDAD DE LA SALA |
|--|---|
| <ul style="list-style-type: none"> • Existencia del Interés Público • Justificación de la existencia de una problemática • Documentación que sustente una evaluación que acredite que la barrera burocrática era apta para solucionar el problema | <p>En abstracto, la protección de la salud de los consumidores califica como un interés público. Sin embargo, no solo basta con identificar dicho interés, sino que debe acreditarse:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) La existencia de una problemática 2) Que la medida sea adecuada para solucionar la problemática <p>El Ministerio no acreditó cuál sería la problemática que pretende solucionar obligando a que los establecimientos farmacéuticos que deseen tener de razón social o nombre comercial 'farmacia' deban tener, además de un director técnico <i>Químico Farmacéutico</i>, a su propietario con dicha profesión.</p> <p>El Ministerio solamente argumentó que 'Farmacia Universal' obtuvo una autorización para operar como 'Botica' con la razón social 'Farmacia Universal S.A.C.'</p> |

| | |
|--|---|
| | <p>con una normativa anterior. Y, que ello podría confundir a los consumidores, por lo que el Reglamento (que contiene la medida) señala que no puede llevar un nombre comercial o razón social de una clasificación que no le corresponde.</p> <p>La SALA indicó que lo señalado anteriormente no podía utilizarse para acreditar una problemática real pues no evidencia una real confusión en los consumidores. Además, de la revisión del Reglamento se aprecia que éste trata de la misma manera a las 'Boticas' y a las 'Farmacias'. En ambas sí se exige que el director técnico sea un Químico Farmacéutico, por lo que no se explica cómo los términos en la razón social podrían generar confusión.</p> <p>Finalmente, el Ministerio no presentó documentación que acredite cómo la medida era idónea para solucionar el supuesto problema y proteger la salud.</p> |
| PROPORCIONALIDAD | EVALUACIÓN DE RAZONABILIDAD DE LA SALA |
| <p>Se busca establecer si la medida guarda una relación razonable con el fin que se pretende alcanzar, a través de un balance entre sus costos y beneficios:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Acreditar cómo se evaluaron los costos para los agentes económicos • Acreditar cómo se evaluaron los efectos sobre el mercado y los consumidores | <p>El Ministerio debió acreditar cómo evaluó los costos y beneficios antes de la imposición de la medida. Para ilustrar lo señalado la SALA utiliza un ejemplo sobre algunos costos que pudieron ser analizados por la entidad denunciada (FJ 80 de la Resolución):</p> <p><u>Para las empresas</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Los costos en los que incurrirían los agentes económicos que desearan operar un establecimiento con una razón social o nombre comercial de "Farmacia", teniendo en cuenta que el propietario del mismo tendría que ser un químico farmacéutico de profesión, no siendo posible que |

| | |
|---|--|
| | <p>sea una persona natural con una profesión distinta o una persona jurídica.</p> <p><u>Para el mercado</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • La potencial reducción de la oferta como consecuencia de mayores costos de tener como propietario de cada establecimiento a un químico farmacéutico y cómo ello podría afectar la competencia en dicho mercado. <p><u>Para los consumidores</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Como consecuencia de lo previamente expuesto, los costos en que deberían incurrir los consumidores debido a una menor competencia entre los agentes económicos que concurren en el mercado, por los sobrecostos generados de que el propietario del establecimiento sea un químico farmacéutico. <p>Sin embargo, el Ministerio no presentó documento que sustente el análisis técnico de la medida y el impacto de los costos sobre las empresas, el mercado y los consumidores, ni que cuantifique los beneficios de los efectos.</p> |
| <ul style="list-style-type: none"> • Opción menos gravosa: que la medida adoptada sea la alternativa menos grave dentro de varias opciones | <p>El Ministerio no presentó documentos que acrediten la evaluación de las alternativas para salvaguardar el interés público protegido por la medida cuestionada. Por tanto, la SALA determinó que el Ministerio no acreditó que antes de imponer la medida cuestionada, evaluó si existía una medida menos gravosa a la impuesta, no superando el análisis de razonabilidad.</p> |

• **EJEMPLO 2: CASO CAMBISTAS – MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN BORJA**

Helido Mory Varillas y otros ('Cambistas') denunciaron a la Municipalidad Distrital de San Borja (la municipalidad) por la imposición de la barrera burocrática consistente en *la prohibición de realizar la actividad de cambio de moneda extranjera* en la vía pública como giro autorizado en el distrito de San Borja, luego de noventa (90) días de publicada la Ordenanza N° 567-MSB, materializada en el artículo 3° de la mencionada ordenanza.

Luego de la evaluación de legalidad, la CEB determinó que la barrera burocrática no constituía una medida ilegal, es decir, la misma **superó** el análisis realizado en dicha etapa. En esa línea, la referida comisión efectuó la evaluación de razonabilidad como se detalla a continuación para lo cual – previamente – consideró lo indicios presentados:

| RESOLUCIÓN N° 0141-2017/CEB-INDECOPI | |
|---|---|
| INDICIOS DE CARENCIA DE RAZONABILIDAD PRESENTADOS | |
| ANÁLISIS DE LA CEB | |
| MEDIDA ARBITRARIA | <ul style="list-style-type: none"> • La prohibición impuesta no cuenta con una justificación técnica que sustente su razón de ser y no tiene exposición de motivos. Tampoco, se ha desarrollado su finalidad o lo que se persigue obtener con la aprobación de la ordenanza en cuestión. • La municipalidad dijo que la medida responde al aumento de actos delictivos relacionados con cambistas. Sin embargo, la mayor ocurrencia de robos y/o asaltos en San Borja se genera en zonas residenciales y no en zonas comerciales que son las áreas donde se presta los servicios de cambio de moneda extranjera, por lo que resulta desmedido prohibir dicha actividad. |
| MEDIDA DESPROPORCIONADA | <p>Hay otros mecanismos para evitar la problemática de la inseguridad que pudiera generarse con los cambistas, como hizo la Municipalidad Distrital de Miraflores, la cual otorgó chalecos especiales a los cambistas de su distrito, así como pulsadores de</p> |

| | |
|---|--|
| | <p>pánico y otras herramientas a fin de que no solo eviten ser víctimas de la delincuencia sino contribuir con la seguridad de la zona.</p> |
| <p>Consideraciones de la CEB sobre los indicios presentados</p> | |
| <p>La CEB determinó que los dos primeros argumentos relacionados con que la medida era arbitraria no resultaban ser indicios suficientes porque la municipalidad durante el procedimiento había presentado informes en donde había identificado a la seguridad ciudadana como el interés público que pretendía proteger a través de la interposición de la medida.</p> | |
| <p>Sin embargo, tomó en consideración el tercer argumento de los Cambistas sobre la desproporción de la medida en relación con los fines que se buscaban alcanzar debido a que -si bien puede existir una problemática de seguridad - la municipalidad no había evaluado otras medidas de menor impacto respecto de los prestadores del servicio de cambio de moneda (medida desproporcionada). Por ello consideró efectuar el análisis de razonabilidad para que la municipalidad acredite la misma.</p> | |
| <p>INTERÉS PÚBLICO E IDONEIDAD</p> | <p>EVALUACIÓN DE RAZONABILIDAD DE LA CEB</p> |
| <ul style="list-style-type: none"> • Existencia del Interés Público • Justificación de la existencia de una problemática • Documentación que sustente una evaluación que acredita que la barrera burocrática era apta para solucionar el problema | <p>En los informes presentados por la municipalidad se señalaba que el giro de compra y venta de moneda extranjera en la vía pública genera el incremento de la inseguridad en el distrito. Ello porque quienes realizan dicha actividad pueden ser víctimas de la delincuencia, pues están expuestos en la vía pública. Por ello, se debía limitar dicha actividad a fin de salvaguardar la seguridad, no solo de las personas que prestan dicho servicio sino, también, la de los vecinos del distrito.</p> <p>La CEB consideró que efectivamente existía una problemática de inseguridad en San Borja relacionada con la prestación del servicio de cambio de moneda extranjera en la vía pública, que podría poner en riesgo</p> |

| | |
|---|--|
| | <p>la seguridad de los vecinos del distrito que circulan en las inmediaciones de los lugares en los que presta el servicio mencionado. Por ello, consideró válido el interés que la municipalidad buscaba proteger.</p> <p>Sin embargo, la CEB advirtió lo siguiente:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La municipalidad no ha presentado pruebas y/o argumentos que demuestren que la prohibición se vincula con la protección de la seguridad de cambistas y vecinos (interés público) 2. Tampoco se ha demostrado cómo la barrera burocrática cuestionada sea una medida capaz de solucionar el problema de seguridad mencionado. 3. La municipalidad solo ha mencionado que la prohibición del giro de cambio en moneda extranjera contribuye a mejorar la seguridad. 4. No ha presentado información que demuestre cómo la prohibición resulta adecuada (idónea) para alcanzar los objetivos que busca; si servirá para cumplir con ellos. 5. La municipalidad sólo presume que la medida contribuye a mejorar la seguridad, pero no ha presentado documentación (informes, reportes, estudios, etc) que demuestre que la prohibición puede proteger el interés público. <p>La barrera burocrática cuestionada no superó la primera etapa de análisis. Sin embargo, la CEB continuó con el análisis.</p> |
| PROPORCIONALIDAD | EVALUACIÓN DE RAZONABILIDAD DE LA CEB |
| Se busca establecer si la medida guarda una relación razonable con el fin que se pretende | La municipalidad presentó tres (3) informes del año 2016 pero en dichos documentos no se advirtió que dicha entidad haya evaluado los aspectos vinculados con la proporcionalidad, es decir los beneficios, |

| | |
|---|---|
| <p>alcanzar, a través de un balance entre sus costos y beneficios:</p> <ul style="list-style-type: none">• Acreditar cómo se evaluaron los costos para los agentes económicos• Acreditar cómo se evaluaron los efectos sobre el mercado y los consumidores• Opción menos gravosa: que la medida adoptada sea la alternativa menos grave dentro de varias opciones | <p>costos y efectos (positivos y negativos) sobre los administrados, consumidores y mercado.</p> <p>En cuanto a si consideró otras alternativas que satisfagan de igual manera la finalidad perseguida y que entre las mismas haya escogido la menos dañina, la municipalidad se limitó a presentar los informes antes mencionados. Sin embargo, con ello tampoco logró acreditar que cuando impuso la prohibición consideró otras medidas y que la que se cuestiona es la opción menos gravosa.</p> <p>Por tanto, no se acreditó con documentación que al momento de imponer la prohibición se evaluó la magnitud o la proporcionalidad de la medida y la mejor opción dentro de alternativas para solucionar el problema. Y, de esta forma, la barrera burocrática no superó la evaluación de razonabilidad sobre la proporcionalidad de la medida y la opción menos gravosa.</p> |
|---|---|

RESOLUCIÓN N° 0374-2018/SEL-INDECOPI

INDICIOS DE CARENCIA DE RAZONABILIDAD PRESENTADOS

ANÁLISIS DE LA SEL

PREÁMBULO

- No basta que los denunciantes se limiten a manifestar que la barrera burocrática cuestionada pueda ser carente de razonabilidad, sino que se deben presentar argumentos o elementos de juicio que permitan de forma coherente advertir a la autoridad administrativa (la Comisión, o de ser el caso, la Sala) con relación a la posible ausencia de justificación razonable que sustente de forma previa la exigencia, requisito, prohibición o cobro materia de denuncia, dado que todas las normas gozan de una presunción de razonabilidad que debe ser cuestionada con argumentos sólidos.
- Los denunciantes señalaron que existen otros mecanismos para evitar la problemática relacionada con la inseguridad que pudiera generarse con los cambistas. A manera de ejemplo, indicaron que la Municipalidad Distrital de Miraflores otorgó chalecos especiales a los cambistas de su distrito, pulsadores de pánico y otras herramientas a fin de evitar que sean víctimas de la delincuencia y permitir que contribuyan a la seguridad de la zona.

Indicio de carencia de razonabilidad: la falta de proporcionalidad de la medida dado que **existen otros mecanismos o medios para proteger el interés público** que se pretende tutelar, tales como: otorgar chalecos especiales a los cambistas e instalar pulsadores de pánico a su alcance.

Consideraciones de la SEL sobre el argumento presentado como indicio

- ✓ Los **mecanismos** propuestos por los denunciantes **no están orientados a tutelar la seguridad** de los ciudadanos del distrito de San Borja, sino que proponen medios para **proteger** a los **cambistas**.
- ✓ La implementación de chalecos especiales únicamente permitiría identificar a los agentes que desarrollan esta actividad y, de ser el caso que fueran prendas antibalas, protegerlos de cualquier ataque en su contra. Asimismo, la instalación de pulsadores de pánico a su alcance permitiría alertar sobre la existencia de una posible agresión a estos agentes.

CONCLUSIÓN

- ✓ El argumento formulado por los denunciantes no cuestiona la existencia de una desproporcionalidad de la medida para tutelar la seguridad ciudadana de los vecinos del distrito de San Borja, dado que los medios alternativos no mitigan el problema que se busca tutelar. Por tanto, este no califica como un indicio razonable acerca de la presunta carencia de razonabilidad de la medida impuesta.

Se **revoca** la Resolución 0141-2017/CEB-INDECOPI que declaró barrera burocrática carente de razonabilidad la prohibición de realizar la actividad de cambio de moneda extranjera en la vía pública como giro autorizado en el distrito de San Borja, luego de noventa (90) días de publicada la Ordenanza 567-MSB, materializada en el artículo 3 de la mencionada ordenanza; y, reformándola, la declara **INFUNDADA** la denuncia.

Con la ilustración de los análisis de razonabilidad en los ejemplos dados se concluye con el desarrollo de la metodología de evaluación de una barrera burocrática, en donde se analiza la legalidad y la razonabilidad de una medida cuestionada.

2.5 Los efectos de la declaración de ilegalidad y de carencia de razonabilidad: la inaplicación de una barrera burocrática

Como se ha visto, la CEB y la SALA pueden declarar ilegal y/o carente de razonabilidad una medida cuestionada, lo que generará efectos concretos sobre las partes del procedimiento. Sobre los efectos de un pronunciamiento de la CEB y la SEL, el Decreto Legislativo N° 1256 ha planteado dos escenarios:

- i. La inaplicación con efectos generales de la barrera burocrática declarada **ilegal** (artículo 8° del Decreto Legislativo N° 1256):

Artículo 8.- De la inaplicación con efectos generales de barreras burocráticas ilegales contenidas en disposiciones administrativas

8.1. Cuando en un procedimiento iniciado a pedido de parte o de oficio, la Comisión o la SALA, declare la ilegalidad de barreras burocráticas materializadas en disposiciones administrativas, dispone su inaplicación con efectos generales.

8.2. En estos procedimientos, la Comisión o la SALA, de ser el caso, puede emitir medidas correctivas, ordenar la devolución de las costas y costos e imponer sanciones, cuando corresponda, de acuerdo con lo dispuesto en la presente ley.

8.3. La inaplicación con efectos generales opera a partir del día siguiente de publicado el extracto de la resolución emitida por la Comisión o la SALA, de ser el caso, en el diario oficial "El Peruano". La orden de publicación será emitida por el Indecopi hasta el décimo día hábil después de notificada la resolución respectiva. Si con posterioridad, algún funcionario,

servidor público o cualquier persona que ejerza función administrativa por delegación, bajo cualquier régimen laboral o contractual, en la entidad que fuera denunciada, aplica las barreras burocráticas declaradas ilegales en la resolución objeto de publicación, puede ser sancionado de acuerdo con lo establecido en el artículo 34 de la presente ley.

8.4. En aquellos procedimientos iniciados de parte con posterioridad a la publicación a la que hace referencia el presente artículo, en los que se denuncie la aplicación de una barrera burocrática declarada ilegal, materializada en la misma disposición administrativa inaplicada con efectos generales, la Comisión encausa el escrito presentado como una denuncia informativa de incumplimiento de mandato.

8.5. En aquellos procedimientos en trámite, iniciados de parte hasta el día de la publicación a la que hace referencia el presente artículo y que versen sobre la misma barrera burocrática declarada ilegal inaplicada con efectos generales, la Comisión o la SALA, de ser el caso, resuelve el procedimiento en el mismo sentido y procederá conforme al numeral

8.6. cuando corresponda.

La declaración de 'ilegalidad' de una barrera burocrática **con efectos generales** es una innovación de la "Ley Antibarreras" (Decreto Legislativo 1256). En síntesis, la regla aquí es la siguiente:

Una vez que la resolución queda consentida (en primera instancia) o confirmada su ilegalidad (en segunda instancia) y se publica en el Diario Oficial "El Peruano, desde el día siguiente de su publicación **la barrera burocrática contenida en una disposición administrativa (no aplica para actos administrativos ni para actuaciones materiales) no puede ser aplicada para ningún otro administrado y/o agente económico a nivel general**, sea que el inicio del procedimiento mediante el cual se declaró la referida ilegalidad haya sido de parte o de oficio.

Durante el 2017, 2018 y 2019 se han emitido diversos pronunciamientos que contienen la declaración de inaplicación con efectos generales, lo cual puede ser consultado en el siguiente enlace: <https://www.indecopi.gob.pe/en/web/eliminacion-de-barreras-burocraticas/resoluciones-con-efectos-generales>

Asimismo, dentro del artículo 8° de la nueva ley se han incorporado reglas adicionales que complementan la declaración con efectos generales. Entre éstas se tiene:

- ✓ Potestad de la CEB y/o de la SALA (de ser el caso) de emitir: (i) medidas correctivas; (ii) ordenar la devolución de las costas y costos; (iii) imponer sanciones.
- ✓ El procedimiento a seguir respecto de la publicación de la resolución
- ✓ Potestad de la CEB de encausar una nueva denuncia que trate sobre una barrera burocrática inaplicada con efectos generales como una denuncia informativa de incumplimiento de mandato
- ✓ Cuando haya otros procedimientos con la misma barrera burocrática inaplicada con efectos generales, cuya resolución ya se publicó, la CEB y/o SALA resuelven en el mismo sentido

Como se puede apreciar, la inaplicación con efectos generales trae consigo supuestos y consecuencias que la Ley Antibarreras ha venido a bien prevenir. Sobre todo, en cuanto al momento en que surte efecto la declaración a nivel general y lo que sucede con casos similares en trámite o que aparezcan posteriormente a la publicación. Para ello, se ha determinado una serie de funciones a la CEB y la SALA con la finalidad de precisar las reglas en las situaciones planteadas. Las potestades de la CEB - adicionales a su labor resolutoria - se desarrollarán en la Unidad 3 del presente módulo.

- ii. La inaplicación al 'caso concreto' de la barrera burocrática declarada **ilegal y/o carente de razonabilidad** (artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1256)

Artículo 10.- De la inaplicación al caso concreto

10.1. Cuando en un procedimiento iniciado a pedido de parte, la Comisión o la SALA, de ser el caso, declare la ilegalidad o carencia de razonabilidad de barreras burocráticas materializadas en disposiciones administrativas o la ilegalidad y/o carencia de razonabilidad de barreras burocráticas materializadas en actos administrativos y/o actuaciones materiales, dispone su inaplicación al caso concreto en favor del denunciante.

10.2. En estos procedimientos, también se procede según lo previsto en el artículo 8.2 de la Ley, cuando corresponda.

Este es el efecto clásico de inaplicación al caso concreto que ha marcado la labor de la CEB durante todos estos años. La inaplicación quiere decir que mediante la resolución la CEB y/o la SALA ordenan a la entidad denunciada a que *no se aplique* la barrera burocrática para

el administrado y/o agente económico que denunció, es decir, al que fue parte en ese procedimiento específico sobre eliminación de barreras burocráticas.

Para comprender la razón detrás de la incorporación de una inaplicación con efectos generales para disposiciones administrativas, debe resaltarse que existía una limitación respecto a los alcances de lo analizado y resuelto por la CEB y/o SALA. En tal sentido, si bien podía tratarse de la misma barrera contenida en una misma disposición, lo que sucedía era que cada persona debía presentar una denuncia para que se le inaplique en su caso particular. Ello, hoy en día, no sucederá así.

A diferencia de lo que sucede con la inaplicación con efectos generales, en este caso, **la inaplicación al caso en concreto abarca también a los actos administrativos y actuaciones materiales, además de disposiciones administrativas, así como a aquellas barreras burocráticas declaradas carentes de razonabilidad.** Entonces, en los pronunciamientos de la CEB y/o SALA que recaigan sobre medidas contenidas en disposiciones administrativas donde se declare una inaplicación a nivel general, también existirá el mandato respecto a la inaplicación al caso concreto, puesto que la primera deberá esperar a que la resolución esté publicada.

Para concluir es importante señalar la diferencia desarrollada por el Tribunal Constitucional (en la Sentencia recaída en el Expediente N° 0014-2009-PI/TC) entre las competencias otorgadas a la CEB y, por tanto, su facultad de inaplicar barreras burocráticas **diferenciándose ello del control difuso** efectuado por los tribunales administrativos y órganos colegiados de la Administración Pública.

Esta diferencia ha sido plasmada y citada muchas veces en diferentes resoluciones de la CEB y de la SALA, por lo que cabe citar lo mencionado en el fundamento jurídico 25 del Tribunal Constitucional:

25. "Sin perjuicio de lo anotado, en este caso este Colegiado debe puntualizar, a partir de lo expresado en los fundamentos anteriores, **que la CEB, cuando "inaplica" una ordenanza, formalmente no alega su inconstitucionalidad sino su ilegalidad.** Por ejemplo, cuando en un procedimiento administrativo se detecta que una ordenanza es contraria a normas como el Decreto Legislativo N.º 757 (Ley Marco de para el Crecimiento de la Inversión Privada), Ley N.º 27444, Ley N.º 28976 (Ley Marco de licencia de funcionamiento) e inclusive la Ley N.º 27972 (Ley

Orgánica de Municipalidades), la CEB resuelve tal antinomia en virtud del principio de competencia excluyente, "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" [0047-2004-AI/TC, fund. 54, e)]. **Como se observa, la situación generada se resuelve a partir de determinar que se trata de una antinomia entre dos normas del mismo rango, como pueden ser las leyes formales y las ordenanzas regionales y municipales. Su resolución descansa por consiguiente en la aplicación de la norma legal aplicable al caso concreto en virtud de competencias repartidas y no en virtud a un análisis de jerarquía entre ordenanza (regional o local) y la Constitución.**

El propio Tribunal Constitucional reconoce la importancia de la labor realizada por la CEB dado que se ocupa de proteger el ámbito de la competitividad, resaltando por ello la diferencia entre el ejercicio del control difuso y lo que realiza la CEB al determinar que no se aplique una barrera burocrática, pues ello se restringe únicamente al control de legalidad de las disposiciones y actos administrativos.

A manera de conclusión, es relevante que lo descrito respecto del reconocimiento del Tribunal Constitucional sobre la facultad de la CEB y la Sala de inaplicar una barrera burocrática se entienda en el contexto de la defensa de la competencia y del mercado, así como dentro de la protección de las normas y principios de simplificación administrativa.

Si bien se ha dicho que no todas las barreras burocráticas son 'malas', resulta relevante tener en cuenta que las medidas innecesarias suponen un costo para el mercado y sociedad. Cuanto menos dinámica la economía, resulta menos verosímil también que se asigne más recursos en administrar los costos de las trabas, con lo cual el efecto de estas tiende a acentuarse (Adrianzén, 2014, p.21). Respecto a las barreras burocráticas que pueden conocer la CEB y/o la SALA, puede consultarse el "Estudio de Medición del Impacto de las Barreras Burocráticas en el Mercado" de Raúl Mínguez (2011): <http://www.indecopi.gob.pe/documents/20195/20726/ESTUDIO+DE+MEDICION%20DEL+IMPACTO+DE+LAS+BARRERAS+BUROCRATICAS+EN+EL+MERCADO/325704b6-39ac-42c9-969d-28d377b9bc4c> (consultado: 11 de junio de 2017).

Asimismo, también se puede consultar este artículo en el que se desarrolla el impacto de las barreras burocráticas: <http://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/view/73> (consultado: 11 de junio de 2017). Ello, toda vez que las barreras burocráticas no solo tienen

un efecto a nivel jurídico-legal, sino que implican un costo y un efecto que luego se traslada a la economía. De ahí que, la existencia del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas para preservar que la imposición de medidas sea acorde a la legalidad y razonabilidad se justifica también desde un punto de vista económico.

También puede consultarse el ranking de eliminación de barreras burocráticas durante el 2018 en el siguiente enlace: <https://bit.ly/2SFjIGY>

En esta línea, se ha venido difundiendo el documento denominado "índice de barreras burocráticas" mediante el cual se dan a conocer los porcentajes de barreras burocráticas detectadas a los agentes económicos con la finalidad de que estos últimos conozcan aquellas barreras burocráticas ilegales o carentes de razonabilidad que fueron identificadas, así como qué autoridades administrativas las impusieron. El último índice fue publicado en el 2017 y puede encontrarse en: <https://www.indecopi.gob.pe/en/web/eliminacion-de-barreras-burocraticas/indice-de-barreras-burocraticas> (consultado: 29 de abril de 2019).

AUTOEVALUACIÓN DE LA UNIDAD N° 2

Indicaciones: Concluido el estudio de la Unidad 2, le sugerimos resolver la siguiente autoevaluación. Al final del módulo encontrará las respuestas

1. ¿Cuáles son los tres aspectos que se analizan en la evaluación de legalidad y qué se ha determinado sobre estos tres (3) sub-niveles?

2. La declaración de inaplicación con efectos generales se da:

- a) Únicamente en pronunciamientos donde se declaró ilegal o carente de razonabilidad una disposición administrativa
- b) Únicamente en pronunciamientos donde se declararon ilegales una disposición administrativa o un acto administrativo o una actuación material
- c) Únicamente en pronunciamientos donde se declaró ilegal una disposición administrativa

3. La inaplicación al caso concreto:

- a) Sólo es viable si no se declaró una barrera burocrática con efectos generales
- b) Se da en cualquier tipo de pronunciamiento sea por ilegalidad o carencia de razonabilidad
- c) Sólo surte efectos luego de que se publica en El Peruano

4. En todos los casos que se encuentre que una barrera burocrática es ilegal, no se procederá con el análisis de razonabilidad.

- a) Verdadero, el Decreto Legislativo N° 1256 prohíbe continuar con el análisis de razonabilidad
- b) Falso, sólo si la parte denunciante lo pide
- c) Falso, la CEB y la SALA pueden continuar con el análisis de considerarlo necesario, verificando la presentación de indicios

5. ¿Por qué es importante conocer la relevancia de los alcances de una buena presentación de indicios de carencia de razonabilidad?

6. ¿Por qué es importante que además de demostrar la existencia de un interés público, se demuestre la existencia de un problema y cómo la medida ayuda a solucionarlo?

LECTURAS COMPLEMENTARIAS

1. **DÁVILA S., MÍNGUEZ R. y QUESADA R.** (2012) ¿Cuál es el impacto que tienen las barreras burocráticas en la economía peruana? Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual del Indecopi. Vol. 8, Núm. 14, pp. 67-96. En: <http://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/view/73/71>. Fecha de consulta:30/04/2017
2. **DELGADO, E.** (2012) Propuesta de Reforma del sistema de eliminación de barreras burocráticas. Revista de Actualidad Mercantil del Equipo de Derecho Mercantil - PUCP. En: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/actualidadmercantil/article/view/12892/13473>
3. **OCHOA, F. y RIZO-PATRÓN, J.** (2010) La constitucionalidad de la competencia del Indecopi para inaplicar barreras burocráticas". Análisis Tributario, vol XXI, 241:28-33. En: <https://www.aele.com/system/files/archivos/anatrib/10.11%20AT.pdf>. Fecha de Consulta: 01/08/2016.
4. **OCHOA, F. y UGAS, S.** (2008) Lineamientos sobre colocación de anuncios publicitarios del Indecopi, una mirada a través de la Jurisprudencia. Diálogo con la Jurisprudencia, Num. 121, pp.349-356, octubre - Año 14, Gaceta Jurídica, Lima (Perú).
5. **PASQUEL, E., UGÁS, S., y ZUMAETA, F.** (2011) Remedios que matan: Cómo evitar que la regulación cree más problemas que los que soluciona. Revista de Derecho Administrativo, CDA-PUCP, Núm.10, Lima, Perú. En: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13695> Fecha de Consulta: 29/04/2017
6. **PATRONI, U.** (2011), Eliminar barreras burocráticas, la otra cara de la reforma del Estado. Revista de Derecho Administrativo, CDA-PUCP, Núm.10, Lima, Perú. En: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13697/1432>
1. Fecha de Consulta: 29/04/2017.

CASOS PRÁCTICOS

- 1.** *Las barreras burocráticas pueden ser inaplicadas con efectos generales:*
 - a. Si la medida se declara ilegal y carente de razonabilidad a la vez.
 - b. Si la barrera burocrática está en un acto administrativo y es carente de razonabilidad.
 - c. Si la medida se encuentra en una disposición y es declarada ilegal.
 - d. Solo si la barrera burocrática es confirmada en segunda instancia y es declarada ilegal por la Sel.

- 2.** *Después de la verificación de indicios de carencia de razonabilidad, ¿quién tiene la carga de probar que la medida es o no razonable?*
 - a. La persona que denuncia.
 - b. La Comisión o la Sala.
 - c. La entidad denunciada.
 - d. Únicamente la Sel.

- 3.** *¿Qué fin persigue el análisis de razonabilidad de una barrera burocrática?*
 - a. Desregulación total.
 - b. La mejora regulatoria.
 - c. Sancionar a la entidad.
 - d. La detección inconstitucionalidades.

- 4.** *¿En qué momento del procedimiento se presentan los indicios de carencia de razonabilidad de una barrera burocrática?*
 - a. Cuando se presenta la denuncia.
 - b. Durante la tramitación del procedimiento en la Ceb.
 - c. Sólo si se presenta recurso de apelación ante la Sel.
 - d. Ninguna de las anteriores.

Analizar qué evaluó y cómo se aplicó la metodología de análisis en el siguiente caso (Resolución 326-2018/SEL). Detallar brevemente en no más de 5 líneas por c/ fase:

| Identificación de la barrera burocrática y su materialización | ¿Cómo se redacta la barrera burocrática? | Forma de materialización |
|---|---|--------------------------|
| Análisis de legalidad | <ul style="list-style-type: none"> • Competencias de la entidad • Forma • Contravención a las normas | |
| ¿Hubo indicios? | Si es afirmativo, detallar brevemente | |
| Análisis de razonabilidad | <ul style="list-style-type: none"> • Interés Público • Medida no arbitraria • Medida no proporcional | |

RESUMEN DE LA UNIDAD N° 2

La Unidad 2 ha explicado la metodología de análisis de una barrera burocrática, la cual se encuentra dividida en dos etapas de evaluación: legalidad y razonabilidad.

La evaluación de legalidad se compone de tres (3) sub-niveles de análisis en donde se contrastan las normas que otorgan competencias a la entidad denunciada, las formalidades que se deben cumplir y si la barrera burocrática cuestionada contraviene alguna norma del ordenamiento jurídico-legal, especialmente de simplificación administrativa. El examen que se realiza en cada etapa es preclusorio: si se determina que la barrera burocrática evaluada no superó el análisis. Sin embargo, la CEB y/o la SALA pueden decidir continuar con dicha evaluación, de considerarlo necesario.

Por otra parte, en el caso de la evaluación de razonabilidad se presenta una fase preliminar a la evaluación propiamente: si se presentaron los indicios de carencia de razonabilidad y si se consideran suficientes para pasar a analizar dicha razonabilidad. Aquí se determina si se pasa o no a la evaluación de razonabilidad, luego de verificar qué ha argumentado la parte denunciante respecto de la arbitrariedad y proporcionalidad de la medida cuestionada. Si se corrobora que estos están correctamente fundamentados se continúa.

En la fase de evaluación de razonabilidad se corrobora la existencia de un *interés público* que proteger, así como de una problemática sobre el mismo. Además, se evalúa si se determinó o no mediante un estudio preciso cómo la medida implementada contribuía a mejorar o a acabar con el problema. Esto es que la medida no se haya impuesto de forma arbitraria. Además, se evalúa la proporcionalidad de la medida a través de dos aspectos vinculados: *la proporcionalidad* (en sentido estricto) y *la opción menos gravosa*. Ello consiste en verificar si se analizaron los costos, beneficios e impacto de la medida, así como un conjunto de alternativas dentro de las cuales se eligió la menos dañina, costosa o grave para el administrado y/o agente económico. Una vez que se hayan verificado estos elementos realizándose el análisis respectivo, se determina si la medida es o no carente de razonabilidad.

Finalmente, la Unidad 2 desarrolla los efectos de la declaración de legalidad y de carencia de razonabilidad de la barrera burocrática. Se explica acerca de la inclusión de la declaración con efectos generales, sus reglas y sus limitaciones, así como también la declaración de

inaplicación al caso concreto, el cual es el efecto *clásico* del ejercicio de funciones de la CEB y la SEL al declarar una barrera burocrática ilegal o carente de razonabilidad.

BIBLIOGRAFÍA

1. **ADRIANZÉN, C.** (2014) "El Costo de las Trabas Burocráticas". Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional – AFIN. Octubre, Lima (Perú).
En: <http://www.afin.org.pe/publicaciones/estudios/728-el-costo-de-las-trabas-burocraticas>. Fecha de consulta: 28/04/2017
2. **MORÓN URBINA, Juan Carlos.** Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. (2011), Gaceta Jurídica, Ed. 9, Lima (Perú)
3. **OCHOA, F.** "Fundamentos del Procedimiento de Eliminación de Barreras Burocráticas". (2014) Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual del Indecopi. Vol. 10, N° 19, pp.1-56. En: <http://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/view/134/129>. Fecha de Consulta: 14/09/2016.
4. **PAREDES G. y UGAS, S.** (2014) El análisis de razonabilidad a través de los pronunciamientos del indecopi: cómo evitar medidas impuestas utilizando el «de tin marin de do pingüe» Revista de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi, Vol. 10, Num. 19:79-105. En: <http://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/view/136/131>. Fecha de consulta: 29/04/2017.
5. **SUMAR, Óscar.** Derecho Empresarial y Constitución: Límites Constitucionales a la Libertad de Empresa y a su Regulación (Análisis de Casos). (2008). En: THEMIS, Revista de Derecho, Núm. 55:265-281, Lima (Perú).

Sentencias del Tribunal Constitucional:

- Expediente N° 0090-2004-AA/TC
- Expediente N° 0014-2009-PI/TC

La mayoría de las sentencias del Tribunal Constitucional pueden descargarse de su portal institucional: www.tc.gob.pe

UNIDAD 3:

ATRIBUCIONES Y FACULTADES DE LA COMISIÓN DE ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS

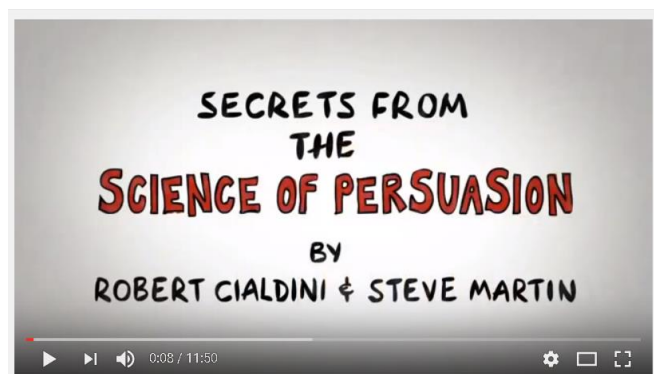
ACTIVIDAD MOTIVADORA



Mira este video y comenta con alguien acerca de lo que te llamó la atención en cuanto a la ciencia de la persuasión.

"Science of Persuasion"

(La ciencia de la persuasión, subtulado español)



<https://www.youtube.com/watch?v=wpAvy-OB-kQ>

Ahora, responde estas preguntas:

- 1.** ¿Crees que parte de las funciones de la CEB y de las primeras instancias en materia de eliminación de barreras burocráticas se vinculan con la Ciencia de la Persuasión?

- 2.** ¿Cómo crees que contribuiría persuadir a una entidad a que elimine voluntariamente una barrera burocrática? ¿Cuáles crees que son los beneficios de que se logre ello?

PRESENTACIÓN DE LA UNIDAD N° 3

En esta unidad se trabajan las atribuciones y facultades de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (CEB) y de la Secretaría Técnica de la CEB.

La finalidad de esta unidad es conocer el alcance de las funciones y competencias de la CEB, así como la importancia de la labor institucional que dicha comisión desempeña en beneficio de los administrados y de los agentes económicos, asegurando la defensa de la competencia.

A partir de la nueva ley sobre eliminación de barreras burocráticas (Decreto Legislativo N° 1256), se le ha otorgado a la CEB atribuciones, facultades y tareas adicionales a las existentes. Sobre todo, se ha reconocido en un solo dispositivo legal el alcance de dichas competencias y delimitado su ámbito de acción. Entre las facultades más resaltantes está la potestad de imponer medidas correctivas, la atribución de la aplicar sanciones a un número mayor de supuestos de infracción y el reconocimiento de la labor de la CEB en actividades de prevención y persuasión.

Por ello, en esta unidad el propósito es acercar al colaborador a las nociones básicas sobre lo que hace la CEB y el impacto de dicho trabajo sobre el desenvolvimiento de la competitividad y del mercado.



3.1 Breve recuento de la evolución de las atribuciones y competencias de la CEB hasta la emisión de la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas (Decreto Legislativo N° 1256)

Las funciones y potestades de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (en adelante, CEB) se rigen por los principios y normas constitucionales, así como las normas legales que determinan su actuación, especialmente la reciente ley sobre prevención y eliminación de barreras burocráticas. Por tanto, el marco legal para el ejercicio de sus potestades es aplicado conforme al Principio de Legalidad reconocido en el TUO de la Ley N° 27444.

Antes de comenzar a explicar cada una de las atribuciones y funciones que desempeña la CEB, es importante que se conozca un poco del crecimiento de dicha comisión a lo largo del tiempo, dado que ello evidencia la relevancia que fue adquiriendo su labor en beneficio del mercado. Ello, se debe a que lo que se conoce hoy como la CEB pasó por muchas fases que determinaron la importancia que tiene dicha comisión actualmente.

La labor en eliminación de barreras burocráticas comenzó en la "Comisión de Simplificación de Acceso y Salida del Mercado". En dicho órgano se encargó – principalmente - la reestructuración de las empresas en proceso de quiebra, así como velar por el cumplimiento de las normas de simplificación administrativa, procurando que no se impongan trabas que perjudiquen el acceso o salida de los agentes económicos en el mercado peruano. El hecho de incorporar dentro de una misma comisión dos funciones tan importantes, pero con propósitos diferentes hizo que se enfatizara más en el sistema concursal (reestructuración) que en la eliminación de barreras burocráticas.

Posteriormente, mediante la emisión del Decreto Legislativo N° 807, Ley sobre facultades, normas y organización del Indecopi emitida el 11 de abril de 1996 se crea legalmente una comisión con una labor específica dedicada a procurar que cualquier agente económico y/o administrado que quisiera empezar una actividad económica dentro del mercado peruano o mantenerse dentro de él, se encuentre protegido de los excesos del ejercicio de las potestades de la Administración Pública. Ante ello, se establece la Comisión de Acceso al Mercado (CAM):

DECRETO LEGISLATIVO N° 807

Artículo 49.- Modifíquese los Artículos 18, 19 incisos 8 y c) y d), 20 incisos a) y c), 27 y 4 del Decreto Ley N°25868 en los términos siguientes:

*"Artículo 18.- El Indecopi **tiene siete Comisiones destinadas a la protección de la competencia y de los derechos de los consumidores, así como facilitar a los agentes económicos el acceso, permanencia y salida del mercado, que son las siguientes:***

- a) Comisión de Libre Competencia;
- b) Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios;
- c) Comisión de Protección al Consumidor;
- d) Comisión de Represión de la Competencia Desleal;
- e) Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales,
- f) Comisión de Salida del Mercado; y
- g) Comisión de Acceso al Mercado."**

La facultad de inaplicación y eliminación de barreras burocráticas que hasta ahora perdura como función principal de la CEB (antes CAM) no siempre tuvo los alcances y potestades que actualmente se conocen. Por mucho tiempo, las atribuciones de la CAM estuvieron restringidas. Por ejemplo, la referida comisión no podía ordenar la inaplicación o eliminación de barreras burocráticas que se encontraban en normativa administrativa como decretos supremos u ordenanzas, limitándose dichas facultades únicamente a la emisión de informes y no de resoluciones con mandato de inaplicación y/o eliminación, hasta el año 2007.

Ante ello, la redacción original del artículo 26°BIS - y que se incorporó al Decreto Legislativo N° 807 - señalaba lo siguiente:

"Artículo 26 BIS.- La Comisión de Acceso al Mercado es competente para conocer sobre los actos y disposiciones de las entidades de la Administración Pública, incluso del ámbito municipal o regional, que impongan barreras burocráticas que impidan u obstaculicen ilegal o irracionalmente el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado, en especial de las pequeñas empresas, y de velar por el cumplimiento de las disposiciones sobre la materia establecidas en los Decretos Legislativos N°s. 283, 668, 757, el Artículo 61 del Decreto Legislativo N° 776 y la Ley N°

25035, **en especial los principios generales de simplificación administrativa** contenidos en su Artículo 2, así como las normas reglamentarias pertinentes.

Ninguna otra entidad de la Administración Pública podrá arrogarse estas facultades. La Comisión, mediante resolución, podrá eliminar las barreras burocráticas a que se refiere este artículo.

La Comisión podrá imponer sanciones y multas al funcionario o funcionarios que impongan la barrera burocrática declarada ilegal, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa y la formulación de la denuncia penal correspondiente, de ser el caso.

La escala de sanciones es la siguiente: falta leve con sanción de amonestación; falta grave con multa de hasta dos (2) UIT y falta muy grave con multa de hasta cinco (5) UIT.

En caso de que la **presunta barrera burocrática haya sido establecida en un Decreto Supremo o Resolución Ministerial, la Comisión no podrá ordenar su derogatoria o implicación ni imponer sanciones. En tal supuesto el pronunciamiento de la Comisión se realizará a través de un informe que será elevado a la Presidencia del Consejo de Ministros** para ser puesto en conocimiento del Consejo de Ministros a fin de que este adopte las medidas que correspondan.

Sin embargo, en el año 2007, se ampliaron las competencias de la CAM para inaplicar y/o eliminar cualquier Barrera Burocrática, sin hacer distinción de la disposición administrativa en la que dicha medida se encontraba, pudiendo dicho órgano emitir resoluciones y eliminándose el requerimiento de informe previo que se solicitaba como recomendación para la inaplicación. Así, poco a poco, la Comisión adquirió mayor fuerza y alcance, beneficiándose aún más el acceso o permanencia de las actividades de los agentes económicos en el mercado, así como la defensa de la simplificación administrativa.

La evolución del trabajo ejercido por la CAM determinó que se le otorgue una denominación más adecuada y precisa a las funciones que desempeñaba, puesto que, si bien uno de los objetivos de la CAM era procurar que los agentes económicos o administrados accedan al mercado, dicha denominación no representaba realmente la actividad principal para la que fue creada: la inaplicación y eliminación de barreras burocráticas. Por ello, en el año 2008, mediante la Quinta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 1033, Ley de

Organización y Funciones del Indecopi se estableció literalmente que ***toda mención hecha en la legislación vigente a la Comisión de Acceso al Mercado desde la vigencia de dicha ley se entenderá referida a la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas.***

En el año 2013, se emitió la Ley N° 30056, "Ley que modifica diversas leyes para facilitar la inversión, impulsar el desarrollo productivo y el crecimiento empresarial". En la referida norma legal se otorgan mayores atribuciones a la CEB para sancionar diversos supuestos de infracción de declararse barrera burocrática ilegal, modificándose así el segundo párrafo del artículo 26BIS°. Con ello, se amplían las facultades sancionadoras de la comisión y se le otorga una mayor fuerza a sus labores. Por su parte, en el año 2016 se emite el Decreto Legislativo N° 1212, Decreto Legislativo que refuerza las facultades de eliminación de barreras burocráticas para el fomento de la competitividad, realizándose nuevamente una variación al artículo 26BIS°. La referida modificación implicó la ampliación de las formas de materialización de una barrera burocrática. En tal sentido - además de los actos y disposiciones administrativas - se incluyó cualquier otra modalidad de actuación de las entidades. Asimismo, se realizó la precisión de que el hecho de que un administrado cumpla con lo requerido por una entidad público, no constituye una causal de conclusión de un procedimiento administrativo, ni que dicho administrado haya aceptado el carácter legal y/o racional de la misma. Finalmente, en el referido decreto legislativo se establecieron dos (2) obligaciones que aún persisten en la ley antibarreras: la obligación de informar acerca de las resoluciones que declaran la existencia de una barrera burocrática y de devolver aquellos cobros por derecho de trámite declarados ilegales y/o carentes de razonabilidad.

Asimismo, en el transcurso de dicho periodo se modifica el artículo 26°BIS cuya redacción fue la siguiente y se mantuvo así hasta su derogación por el Decreto Legislativo N° 1256:

Artículo 26BIS°.- La **Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas es competente para conocer sobre los actos y disposiciones, así como respecto a cualquier otra modalidad de actuación de las entidades de la Administración Pública, incluso del ámbito municipal o regional, que impongan barreras burocráticas que impidan u obstaculicen ilegal o irrazonablemente el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado**, en especial de las pequeñas empresas, y de velar por el cumplimiento de las disposiciones sobre la materia establecidas en los Decretos Legislativos N°s. 283, 668, 757 y el Artículo 61 del Decreto Legislativo N° 776, así como las normas reglamentarias pertinentes. Ninguna otra entidad de la Administración Pública

podrá arrogarse estas facultades. La Comisión, mediante resolución, podrá eliminar las barreras burocráticas a que se refiere este artículo.

El Decreto Legislativo N° 1256 ha recogido en una única norma legal la evolución de las facultades en materia de eliminación de barreras burocráticas a lo largo de los años y además ha ampliado los alcances de las atribuciones de la CEB, reconociéndose además que dichas funciones también le competen a las Oficinas Regionales del Indecopi (ORIs) y a la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (la Sala). En esta línea, el artículo 3° del Decreto Legislativo N° 1256 establece en sus definiciones lo siguiente:

Artículo 3.- Definiciones

Para efectos de la presente ley, debe tenerse en cuenta las siguientes definiciones:

1. La Comisión: La **Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi**. Asimismo, **este término se refiere a las Comisiones adscritas a las oficinas regionales del Indecopi que, por acuerdo del Consejo Directivo del Indecopi, cuenten con funciones desconcentradas en materia de eliminación de barreras burocráticas.**
2. La Sala: La **Sala competente del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual** del Indecopi para **conocer en segunda instancia** los procedimientos en **materia de eliminación de barreras burocráticas**, salvo el supuesto de instancia única establecido en el artículo 32 de la presente ley

De esta manera, existe un reconocimiento sobre las autoridades y órganos sobre los cuales recaen las atribuciones desarrolladas en la nueva ley, por lo que aquí también deberá entenderse así.

La nueva ley también ha señalado dos (2) principios adicionales e importantes que se complementan a los señalados en el TUO de la Ley N° 27444, estableciendo lo siguiente:

Artículo 4.- Principios de las autoridades a cargo de supervisar la presente ley

Además de los principios señalados en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, las autoridades a cargo de hacer cumplir la presente ley se rigen por los siguientes principios:

1. **Principio de acción preventiva.** - los órganos encargados del inicio de las acciones de oficio dentro del Indecopi privilegian las acciones de prevención y/o coordinación con el

objeto de promover la eliminación voluntaria de las barreras burocráticas presuntamente ilegales y/o carentes de razonabilidad por parte de las entidades sujetas a investigación.

2. Principio de encausamiento. - los órganos de primera instancia identifican, de oficio, **otros medios de materialización** de una barrera burocrática distintos a los indicados en la denuncia, cuando sea evidente su existencia. Del mismo modo, los referidos órganos podrán identificar, de oficio, la **barrera burocrática cuestionada del texto íntegro de la denuncia y no únicamente del petitorio.**

El Principio de Acción Preventiva busca alcanzar que se eliminen las barreras burocráticas de una manera voluntaria por parte de las entidades públicas. Esto quiere decir que se establece que los órganos encargados deberán efectuar acciones que conlleven a *persuadir* a las autoridades a eliminar o modificar las medidas que podrían estar afectando el desenvolvimiento de los agentes económicos en el mercado, así como las normas y principios de simplificación administrativa. Por ello, en el numeral 6.2 del artículo 6° de la nueva ley se establece que la Secretaría Técnica de la CEB es competente para realizar todas las acciones de prevención, lo que incluyen investigaciones, inspecciones y supervisiones. Esta labor de prevención es muy relevante dado que implica priorizar el convencer a las entidades públicas que eliminen barreras burocráticas, de forma voluntaria, frente al inicio de procedimientos de oficio que obliguen a eliminar una barrera burocrática. Las actividades de prevención y persuasión se detallarán más adelante.

El Principio de Encauzamiento resulta trascendental dentro del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas y es una innovación sobre lo existente. El encausamiento quiere decir que si se presenta una denuncia por una medida específica que se cuestiona como presunta Barrera Burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad, la CEB puede identificar por sí misma otros medios de materialización, es decir, dónde más se encuentra la barrera burocrática y no solamente donde la señaló la parte denunciante. Un aspecto importante a tomar en cuenta es la condición de que las otras formas de materialización sean evidentes, lo que limita a la CEB a no forzarse a encontrarlas. Además, si se identifica que se señalan medidas a lo largo del texto de la denuncia también se podrán señalar como una barrera burocrática, no limitándose al petitorio de la denuncia. Esto último quiere decir que no solamente se podrá tomar en cuenta la barrera burocrática cuestionada en la parte específica del petitorio, sino del resto del documento.

Estos principios serán seguidos por las autoridades encargadas en materia de eliminación de barreras burocráticas (la CEB, ORIs y la Sala). Asimismo, la nueva ley establece atribuciones específicas en cuanto a las competencias, las cuales se detallarán en el numeral siguiente.

3.2 Algunas atribuciones tradicionales de la CEB y de la Sala durante el procedimiento

3.2.1 Medidas Cautelares

Una de las facultades más importantes de las autoridades dentro del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas es la potestad de otorgar - durante la tramitación del procedimiento - medidas cautelares.

La finalidad de la medida cautelar como su nombre lo indica es prevenir y garantizar que la barrera burocrática continúe generando daño a la persona afectada por la misma, debido al transcurso del tiempo, adelantándose el efecto de la inaplicación de la barrera burocrática por causas urgentes. En tal sentido, el Decreto Legislativo N° 1256 faculta a las autoridades encargadas en materia de eliminación de barreras burocráticas a ordenar a las entidades de la Administración Pública se abstengan de aplicar una barrera burocrática determinada. En tal sentido, el artículo 23° de la nueva ley indica lo siguiente:

Artículo 23.- Medidas cautelares

23.1. En cualquier etapa del procedimiento, **la Comisión, su Secretaría Técnica o la Sala, de ser el caso, puede dictar, de oficio o a pedido de quien haya presentado una denuncia de parte, una medida cautelar con el objeto de que la entidad denunciada se abstenga de aplicar o imponer la barrera burocrática presuntamente ilegal y/o carente de razonabilidad** a ser evaluada, de manera previa a la emisión de la resolución final. La medida cautelar dictada por la Secretaría Técnica se otorga con cargo a dar cuenta a la Comisión.

23.2. En caso de que la medida cautelar haya sido dictada por la Comisión o su Secretaría Técnica, **el efecto de la misma permanece hasta que la Sala emita pronunciamiento final** o la revoque al declarar fundada una apelación en su contra.

El artículo citado faculta no solamente a la CEB, ORIs y Sala sino también a las secretarías técnicas de las mismas, las cuales deberán reportar el otorgamiento a la Comisión o Sala. El primer aspecto importante es que las medidas cautelares pueden darse, de oficio o de parte, es decir por propia voluntad de las autoridades encargadas o a pedido de la parte denunciante. El segundo aspecto relevante es la permanencia de la medida cautelar pese a que la decisión final de la CEB haya sido apelada y se encuentre por ser resuelta por la Sala (lo mismo aplica en el caso de las ORIs).

Por otra parte, únicamente se podrán ordenar aquellas medidas cautelares relacionadas y delimitadas al ámbito de acción de la CEB, es decir, al marco de sus atribuciones permitidas por la normativa legal vigente, en respeto del Principio de Legalidad. El otorgamiento de una medida cautelar por parte de la CEB y/o Sala implica la posibilidad de exigir, provisionalmente, a las entidades no aplicar o imponer algún tipo de barrera burocrática para la realización de actividades económicas o para la tramitación de un procedimiento, hasta que se emita un pronunciamiento definitivo. Para ello se deberá tener una presumible certeza de la ilegalidad y/o carencia de razonabilidad de aquella barrera que se cuestiona y sobre la que se quiere la medida cautelar.

Sobre esto último, el artículo 24° de la nueva ley señala, de manera clara, los requisitos para otorgar medidas cautelares, estableciéndose lo siguiente:

Artículo 24.- Requisitos para dictar medidas cautelares

Para dictar una medida cautelar, la Comisión, su Secretaría Técnica o la Sala, de ser el caso, debe verificar la existencia concurrente de:

1. La barrera burocrática que se pretende inaplicar.
2. La verosimilitud del carácter ilegal o de la carencia de razonabilidad de la barrera burocrática.
3. La posibilidad de que por el transcurso del tiempo entre la interposición de la denuncia y la resolución que ponga fin al procedimiento, en primera o segunda instancia, se cause un daño que se torne en irreparable para el denunciante.

Las tres condiciones deben darse de manera simultánea (característica de concurrencia) y son sumamente importantes, dado que el otorgamiento de una medida cautelar implica, de cierto modo, adelantar provisionalmente los efectos del pronunciamiento sobre la parte denunciante e implica obligaciones para la entidad denunciada. Debido a ello, es que se

establece que, primero, se debe identificar la barrera burocrática, lo que quiere decir que efectivamente se identifica la existencia de un daño, corroborando a su vez el perjuicio que se ocasiona con la aplicación de la medida cuestionada.

Por su parte, el Decreto Legislativo N° 1256 reitera las condiciones requisitos clásicos para dictar medidas cautelares, aplicándose los mismos a la materia en eliminación de barreras burocráticas:

a) Verosimilitud del carácter ilegal o de la carencia de razonabilidad: la apariencia de que la barrera burocrática cuestionada genera un daño ilícito al derecho de la denunciante de acceder y permanecer en el mercado. Es decir, que en efecto existen indicios de la imposición de una barrera burocrática ilegal o carente de razonabilidad.

b) Posibilidad de que en el transcurso del tiempo se torne un daño irreparable: implica que la medida cautelar se otorgará con el objetivo de evitar que el pronunciamiento final de la Comisión pueda volverse inservible o ineficaz, por ser inejecutable, inútil o por ser jurídicamente imposible. Esto último quiere decir que ya la inaplicación de la barrera burocrática que generaría un pronunciamiento favorable en ese momento no pueda revertir la situación generada por la imposición de la medida.

Respecto a lo previamente desarrollado, es importante indicar que ello ha sido sustentado y desarrollado por la jurisprudencia administrativa de la CEB, conforme se puede evidenciar en los siguientes pronunciamientos en los que se otorgaron medidas cautelares: Resoluciones N° 0276-2014/CEB-INDECOPI, 0033-2017/CEB-INDECOPI, 0036-2017/CEB-INDECOPI, 0039-2017/CEB-INDECOPI.

La facultad de dictar medidas cautelares se ha especificado en el Decreto Legislativo N° 1256, sin embargo, también se encuentra regulada (siendo aplicable a los procedimientos de eliminación de barreras burocráticas) en el artículo 155° del TUO de la Ley N° 27444 que establece que, una vez iniciado el procedimiento, la autoridad competente podrá adoptar medidas cautelares en caso exista la posibilidad de que sin su adopción se arriesgue la eficacia de su resolución. Asimismo, el Decreto legislativo N° 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización en su artículo 10° determina que los órganos resolutivos del Indecopi podrán dictar medidas cautelares, de ser necesario, cuando estas estén dirigidas a evitar que un daño se torne irreparable, siempre que exista verosimilitud del carácter

ilegal de dicho daño, lo que está concordado con el artículo 21° del Decreto Legislativo N° 1033, Ley de Organización y Funciones del Indecopi.

Con la nueva ley se refuerza la atribución de dictar medidas cautelares y además se reconoce la posibilidad de que puedan otorgarse no solamente por presunta ilegalidad sino por presunta carencia de razonabilidad, lo cual también es un avance.

3.2.2 Costas y Costos

Desde antes de la vigencia del Decreto Legislativo N°1256, al igual que la potestad de otorgar medidas cautelares, la CEB y la Sala tienen la atribución de ordenar a las entidades denunciadas - una vez terminado el procedimiento y con pronunciamiento favorable para la parte denunciante – que devuelva el monto por concepto de costas y costas que gastó la parte denunciante durante el procedimiento. En tal sentido, el artículo 25° de la nueva ley establece lo siguiente:

Artículo 25.- De las costas y costos

25.1. En los procedimientos iniciados a solicitud de parte, la Comisión o la Sala, de ser el caso, puede ordenar a la entidad vencida el reembolso de las costas y costos en los que haya incurrido el denunciante, siempre que este lo hubiese solicitado al inicio o durante el procedimiento.

25.2. Las reglas aplicables a los procedimientos para la liquidación de costas y costos son las dispuestas en la Directiva N° 001-2015/TRI-INDECOPI del 6 de abril de 2015 o la que la sustituya.

Lo señalado en el artículo 25° del Decreto Legislativo N° 1256, quiere decir que la CEB y/o la Sala tiene la potestad de ordenar que se le reembolse a la parte denunciante lo invertido en el procedimiento, lo que incluye, por ejemplo, la tasa por la tramitación de este último, el pago de la asesoría legal (de ser el caso), entre otros aspectos. El requisito para que la CEB y/o la Sala ordenen ello es que la parte denunciante haya solicitado el pago de costas y costos al inicio o durante el procedimiento, antes de la decisión final. Asimismo, existen reglas determinadas y específicas para el pago de costas y costos establecidas en una directiva interna del Indecopi: Directiva N° 001-2015/TRI-INDECOPI. Dicha directiva puede ser modificada o sustituida por otra.

3.3 Del Régimen Sancionador y Correctivo

3.3.1 Facultades para aplicar sanciones

Una facultad sumamente relevante atribuida a la CEB y a la Sala es la posibilidad de dichas autoridades de aplicar sanciones a los funcionarios que incumplan los mandatos de inaplicación establecidos por la CEB y/o la Sala mediante una resolución que quedó firme (consentida), sean estos con efectos generales o dirigidos al caso concreto:

Artículo 34.- Conductas infractoras de funcionarios o servidores públicos por incumplimiento de mandato

La Comisión puede imponer multas de hasta veinte (20) Unidades Impositivas Tributarias al funcionario, servidor público o cualquier persona que ejerza función administrativa por delegación, bajo cualquier régimen laboral o contractual, en cualquiera de los siguientes supuestos:

1. Cuando **incumpla el mandato de inaplicación de la barrera burocrática declarada ilegal** al que se hace referencia en el artículo 8 de la presente ley.
2. Cuando **incumpla el mandato de inaplicación de la barrera burocrática declarada ilegal y/o carente de razonabilidad**, según sea el caso, al que se hace referencia en el artículo 10 de la presente ley.
3. Cuando, **luego de publicado lo resuelto en los procedimientos de oficio a los que hace referencia el artículo 9, aplique u ordene aplicar la barrera burocrática previamente declarada carente de razonabilidad**, o cuando pudiendo disponer su inaplicación, omita hacerlo.

Asimismo, dicha facultad alcanza a las entidades que apliquen determinados supuestos de barreras burocráticas (distintos al incumplimiento de mandato), si es que la CEB o la Sala verifica que alguno de sus funcionarios, servidores públicos o cualquier persona que ejerza en su nombre, función administrativa por delegación en cualquier régimen laboral o contractual, aplica u ordena la aplicación de barreras burocráticas que involucre alguno de los supuestos.

En la siguiente tabla se encontrarán los supuestos y las conductas infractoras de las autoridades administrativas – distintas al incumplimiento de mandato - por las cuales la

Comisión o la Sala les pueden imponer multas de hasta veinte (20) UIT, lo cual se encuentra establecido en el artículo 35° del Decreto Legislativo N° 1256:

TABLA V: SUPUESTOS Y CONDUCTAS INFRACTORAS DE AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS

| SUPUESTO | ACCIÓN DE LA ENTIDAD | DETALLE/ESPECIFICACIONES/OBSERVACIONES |
|------------------------------|---|---|
| Supuesto a) del artículo 35° | Exigencia de requisitos adicionales a la lista de requisitos máximos establecidos en las leyes y/o dispositivos normativos listados en la columna de la derecha | 1. Ley N° 28976, Ley Marco de Licencia de Funcionamiento. 2. Ley N° 29090, Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones y su reglamento. 3. Ley N° 29022, Ley para el Fortalecimiento de la Expansión de Infraestructura en Telecomunicaciones y su reglamento. 4. Ley N° 30477, Ley que regula la ejecución de obras de servicios públicos autorizadas por las municipalidades en las áreas de dominio público, y su reglamento. 5. Aquellos dispositivos legales que sustituyan o complementen los dispositivos anteriores. |
| Supuesto b) del artículo 35° | Exigencia de requisitos que no constan en el Texto Único de Procedimientos Administrativos - TUPA de la entidad. | N/A |
| Supuesto c) del artículo 35° | Exigencia de requisitos que, estando en el TUPA de la entidad, no cuentan con sustento normativo vigente. | N/A |
| Supuesto d) del artículo 35° | Exigencia de documentación o información prohibida de solicitar para la tramitación de procedimientos administrativos de acuerdo a lo previsto en las normas legales que contengan disposiciones sobre esta materia | TUO de la Ley N° 27444 Decreto Legislativo N° 1272, que modifica la Ley N° 27444 |

| | | |
|------------------------------|--|---|
| | (sobre todo las detalladas en la columna derecha). | |
| Supuesto e) del artículo 35° | Negación de recibir la documentación o información a la cual están obligadas las entidades en reemplazo de documentación oficial para la tramitación de procedimientos administrativos, de acuerdo a lo previsto en el artículo 41 de la Ley N° 27444. | TUO de la Ley N° 27444 Decreto Legislativo N° 1272, que modifica la Ley N° 27444 El artículo 41° fue modificado por el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 1272 y actualmente su contenido se encuentra en el artículo 47° del TUO de la Ley N° 27444. |
| Supuesto f) del artículo 35° | Exigencia del pago de derechos de trámite incurriendo en cualquiera de los supuestos señalados en la columna de la derecha. | <ol style="list-style-type: none"> 1. En procedimientos iniciados de oficio. 2. En procedimientos en los que se ejerce el derecho de petición graciable. 3. Para la tramitación de una denuncia por infracciones funcionales de sus funcionarios. 4. Para la tramitación de una denuncia por infracciones que deban ser conocidas por las Oficinas de Auditoría Interna. 5. Sin que la entidad esté facultada por ley, o por norma de similar fuerza y rango, para crear el referido derecho de trámite. 6. Que no hayan sido aprobadas por la norma que exige el marco legal vigente. 7. No ratificados por la municipalidad provincial correspondiente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades. 8. Que no consten en el TUPA de la entidad. 9. Que se cobren por etapas en la tramitación de un procedimiento administrativo. 10. Que no correspondan al importe del costo que su ejecución genera para la entidad por el servicio prestado durante toda su tramitación o que no |

| | | |
|----------------------------------|---|---|
| | | <p>correspondan al costo real de producción de documentos que expida la entidad.</p> <p>11. Que superen la Unidad Impositiva Tributaria (UIT) vigente, salvo que se encuentren acogidos al régimen de excepción a que se refiere el numeral 45.1 del artículo 45 de la Ley N° 27444 y/o el artículo 70 del Texto Único Ordenado de la Ley de Tributación Municipal aprobado por el Decreto Supremo N° 156-2004-EF.</p> <p>12. Que sean cobrados de manera diferenciada para dar preferencia o tratamiento especial a una solicitud distinguiéndola de las demás de su mismo tipo.</p> <p>13. Que sean cobrados de manera discriminatoria, en función del tipo de administrado que siga el procedimiento administrativo.</p> |
| Supuesto g) del artículo 35° | Establecer plazos mayores a los máximos establecidos en las leyes y/o dispositivos normativos señalados en la columna de la derecha | <p>1. Ley N° 28976, Ley Marco de Licencia de Funcionamiento;</p> <p>2. Ley N° 29090, Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones y su reglamento; o,</p> <p>3. Los dispositivos legales que regulan el despliegue para la ejecución, mantenimiento y/o implementación de infraestructura en servicios públicos, así como aquellos que regulan el otorgamiento de licencias, autorizaciones y/o permisos para la realización de actividades industriales, comerciales o de servicios, públicos o privados.</p> |
| Supuesto h) del artículo 35° del | Establecimiento de regímenes de silencio administrativo sin observar lo dispuesto en la ley sobre la | |

| | | |
|---|---|--|
| <p>Decreto Legislativo N° 1256</p> | <p>materia Ley N° 29060, Ley del Silencio Administrativo o la que la sustituya, así como en las leyes especiales que lo reconocen.</p> | <p>El Decreto Legislativo N° 1272 derogó la Ley N° 29060 e incorporó lo establecido en dicha ley al TUO de la Ley N° 27444.</p> |
| <p>Supuesto i) del artículo 35° del Decreto Legislativo N° 1256</p> | <p>Desconocimiento del efecto del silencio administrativo positivo, cuando ha operado conforme a Ley N° 29060, Ley del Silencio Administrativo, o leyes especiales.</p> | <p>Entre los artículos 31° y 37° del TUO de la Ley N° 27444 se encuentran establecidas las disposiciones que rigen el silencio administrativo.</p> |
| <p>Supuesto j) del artículo 35° del Decreto Legislativo N° 1256</p> | <p>Desconocimiento de la aprobación automática, cuando ha operado respecto de solicitudes de licencias, autorizaciones y/o permisos para el despliegue, ejecución, mantenimiento y/o implementación de infraestructura en servicios públicos, así como para la realización de actividades industriales, comerciales o de servicios, públicos o privados, de acuerdo con la Ley N° 29060, Ley del Silencio Administrativo, o leyes especiales.</p> | |
| <p>Supuesto k) del artículo 35° del Decreto Legislativo N° 1256</p> | <p>Impedir y/o negar la presentación de solicitudes o escritos, contraviniendo las normas que garantizan el derecho de petición en sede administrativa.</p> | |
| <p>Supuesto l) del artículo 35° del Decreto Legislativo N° 1256</p> | <p>Suspender la tramitación de los procedimientos administrativos, sin contar con una ley o mandato judicial que autorice expresamente a ello.</p> | |
| <p>Supuesto m) del artículo 35° del Decreto Legislativo N° 1256</p> | <p>Imponer un plazo a la vigencia de las autorizaciones otorgadas para la realización de actividades económicas, sin que exista una ley especial que disponga expresamente tal plazo.</p> | |

| | |
|--|--|
| Supuesto n) del artículo 35° del Decreto Legislativo N° 1256 | Imponer nuevas observaciones que no fueron formuladas en una primera oportunidad, vulnerando lo establecido en el artículo 126.2 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. |
|--|--|

Al respecto, la competencia para aplicar sanciones en supuestos adicionales al incumplimiento del mandato fue establecida - por primera vez en 2013- mediante la Ley N° 30056, Ley que modifica diversas leyes para facilitar la inversión, impulsar el desarrollo productivo y el crecimiento empresarial, publicada el 02 de julio de 2013, complementada por la Ley N° 30230 y actualmente derogada por el Decreto Legislativo N° 1256, dado que el artículo 35° recogió lo establecido en la Ley N° 30056, añadiendo determinados supuestos. Sobre el particular, es importante mencionar que la referida ley marcó un hito en la historia de las facultades de la CEB, toda vez que la habilitó para sancionar e imponer multas en supuestos adicionales al incumplimiento de mandato, lo que contribuyó a un mejoramiento de la competitividad y a un impacto mayor respecto del alcance de las competencias de la CEB.

En atención a lo señalado se advierte que - en los últimos años - se han reforzado las facultades sancionadoras de la CEB, y por ende de la Sel, cuadruplicando la cuantía de multas mediante la emisión de la Ley N° 30056 (de 5 a 20 Unidades Impositivas Tributarias) y añadiendo mayores supuestos de infracción en materia de barreras burocráticas en la nueva ley. El resultado es que actualmente el Indecopi, a través de la CEB, posee mayores herramientas para intervenir en aquellas regulaciones que afecten innecesariamente el desarrollo del mercado y la competencia (Ochoa, 2016, p.160).

Con la dación del Decreto Legislativo N° 1256 se ha reforzado la potestad sancionadora con una mejora de la tabla de sanciones y debido a la adición de mayores supuestos como conductas infractoras, por ejemplo, los señalados en los literales m) y n) del artículo 35° del Decreto Legislativo N° 1256 (imponer un nuevo plazo de vigencia a las autorizaciones para la realización de actividades económicas y la imposición de nuevas observaciones que no fueron formuladas en una primera oportunidad, respectivamente).

Sobre el particular, existen diversos pronunciamientos recientes de la CEB en donde se evidencia la facultad sancionadora de dicha comisión. Algunos ejemplos en los que se puede ilustrar ello justamente corresponden a procedimientos iniciados de oficio por la Comisión. Dentro de las infracciones encontradas en dichas resoluciones se encuentran: el establecimiento de regímenes de silencio administrativo, exigencia de requisitos adicionales a lo permitido en las leyes nacionales, el incumplimiento de formalidades para exigir el pago de las tasas (derechos de trámite), el hecho de que los derechos de trámite no se encuentren relacionadas con el costo del servicio, establecimiento de plazos mayores a los señalados por ley (por ejemplo, 50 días hábiles), incumplimiento de mandato efectuado por funcionarios identificados de una municipalidad.

En todos los casos indicados se señaló la gravedad de las infracciones y que correspondía multar a las entidades y/o funcionarios que estaban imponiendo dichas barreras burocráticas, estableciéndose multas entre 3 y 11 UIT. Las infracciones, a su vez, se encuentran vinculadas con las materias de habilitación urbana y edificaciones; anuncios publicitarios; colegiación profesional. Finalmente, la mayoría de los casos a los cuales se hace referencia corresponden a municipalidades provinciales y distritales, resaltando además el caso de la colegiación profesional donde se sancionó al Colegio de Arquitectos del Perú.

Para mayor alcance sobre dichos pronunciamientos se puede consultar: Resoluciones N° 0071-2016/CEB-INDECOPI, 123-2016/CEB-INDECOPI, 309-2016/CEB-INDECOPI, 454-2016/CEB-INDECOPI, 0551-2016/SDC-INDECOPI, 0018-2017/CEB-INDECOPI y 0071-2017/CEB-INDECOPI.

3.3.2 Facultades para aplicar Medidas Correctivas

Una innovación del Decreto Legislativo N° 1256 es la facultad de ordenar medidas correctivas respecto de la imposición de la barrera burocrática. Dichas medidas correctivas se encuentran especificadas en el artículo 43° de la nueva ley:

Artículo 43.- Medidas correctivas

La Comisión o la Sala, de ser el caso, puede ordenar y/o conceder las siguientes medidas correctivas:

1. Que las entidades **devuelvan los derechos de trámite cobrados cuando estos derechos hayan sido declarados como barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad** en el caso concreto de un denunciante.
2. Que **las entidades informen a los ciudadanos acerca de las barreras burocráticas declaradas ilegales y/o carentes de razonabilidad** mediante las resoluciones de la Comisión que hayan agotado la vía administrativa y/o las resoluciones de la Sala, como medida complementaria.

El artículo 43° recoge lo que se establecía en el Decreto legislativo N° 1212, mediante el cual se reforzó las facultades sobre eliminación de barreras burocráticas para el fomento de la competitividad. Dicha norma legal fue publicada en el año 2015 y derogada por el Decreto Legislativo N° 1256 (2016). Sin embargo, desde dicho dispositivo legal se establecía la posibilidad de que se ordene la devolución de las tasas, así como el deber de las entidades de la Administración Pública de reportar aquellas medidas declaradas como barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad.

3.3.3 La devolución de los derechos de trámite (tasas)

Una diferencia entre el Decreto Legislativo N° 1256 y el Decreto Legislativo N° 1212 es que, en este último, el pago de la devolución de la tasa se encontraba dentro de dos alternativas, siendo la segunda que la CEB ordene el cumplimiento de los criterios y procedimientos para la determinación de los derechos de trámite de los procedimientos y servicios administrativos. En la nueva ley se reconoce legalmente como uno de los supuestos de medida correctiva la devolución del pago de la tasa.

De ahí que, se establece de manera más clara que las facultades de la CEB ahora alcanzan a poder determinar – como medida correctiva - que se devuelva la tasa gastada en un procedimiento administrativo ante una entidad pública, si esta tasa fue declarada ilegal. De esta manera, existe una reparación real e idónea a la falta cometida por la entidad que cobró incumpliendo las formalidades y/o sin justificar la relación entre el monto de dicha tasa y el costo del servicio prestado.

En tal sentido, la declaración de ilegalidad o de carencia de razonabilidad de los derechos de trámite adquiere un mayor sentido puesto que se incentiva tanto a la parte denunciante a cuestionar el derecho de trámite ante la CEB (sabiendo que dicha comisión puede ordenar

que se le devuelva el pago del mismo) y a la entidad denunciada (la que será consciente de seguir y establecer los procedimientos formales para garantizar cobros legales y que correspondan al servicio que ofrece).

Cabe señalar que el numeral 44.1 del artículo 44° del Decreto Legislativo N° 1256 le da un plazo de quince (15) días hábiles a la entidad para devolver la tasa que fue declarada ilegal y/o carente de razonabilidad, contados desde día siguiente del consentimiento de la resolución.

3.4 Deber de informar a los ciudadanos

El deber de reportar a los ciudadanos sobre aquellas resoluciones sobre eliminación de barreras burocráticas que quedaron consentidas se encontraba establecido en el Decreto Legislativo N° 1212 y se replica en el Decreto Legislativo N° 1256. Sin embargo, existen ciertas diferencias que se pasarán a explicar.

La distinción es que en la nueva ley esta obligación se ha convertido en un supuesto de medida correctiva. En tal sentido, en la normativa anterior - únicamente - se establecía la obligación de informar, mientras que en la normativa actual dicha obligación puede ser ordenada como medida correctiva por la CEB o la Sala. Asimismo, en el Decreto Legislativo N° 1212 no se establecía sanción ante el incumplimiento, mientras que en la nueva ley sí. Además, en el Decreto Legislativo N° 1256 se precisa que las resoluciones a considerarse son tanto aquellas emitidas por la CEB (consentidas), así como aquellas que contienen los pronunciamientos de la Sala.

Por otra parte, es preciso indicar que, de acuerdo con el numeral 44.2 del artículo 44° de la nueva ley, para el cumplimiento de esta medida correctiva se establece un plazo de cinco (5) días hábiles, estableciéndose además la posibilidad para la entidad de usar medios físicos y virtuales para efectuar su comunicación. Dichos medios deben estar disponibles en el área de trámite documentario y en el portal de la entidad.

A manera de ejemplo el texto que se lee en los pronunciamientos de la CEB o la Sala es el siguiente:

"ordenar como medida correctiva que, de conformidad con el [numeral 1] o 2]] del artículo 43° y el [numeral 1] o 2]] del artículo 44° del Decreto Legislativo N° 1256, [nombre de la entidad administrativa o entidades administrativas] [cumpla con la devolución de los derechos de trámite cobrados a ___] / [informe a los administrados acerca de las barreras burocráticas declaradas ____] en un plazo no mayor a 15 o 5 días hábiles].

Finalmente, es importante señalar que el incumplimiento del mandato respecto de las medidas correctivas puede ser sancionado también con una multa de hasta 20 UIT.

Los pronunciamientos que contienen medidas correctivas como parte de los pronunciamientos de la CEB son los siguientes: Resoluciones N° 0125-2017/CEB-INDECOPI, 145-2017/CEB-INDECOPI, 176-2017/CEB-INDECOPI y 177-2017/CEB-INDECOPI.

Asimismo, aquellos pronunciamientos confirmados por la SEL – en segunda instancia – también incluyen la confirmación de las referidas medidas correctivas, lo cual puede ser consultado en: <http://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal.seam>

3.5 De las Actividades de Prevención y Persuasión

3.5.1 Facultades de Prevención: Investigación y Procedimientos de Oficio

La facultad para iniciar investigaciones y procedimientos de oficio se encontraba dispuesta desde antes de la nueva ley. Actualmente, dicha norma legal establece y reconoce también la atribución de la CEB de realizar investigaciones sobre temas de su competencia y de iniciar procedimientos de oficio. Respecto de dichos procedimientos, en la Unidad 2 se mencionó que en los mismos también procedía la aplicación de la metodología de análisis. Sin embargo, aquí se quiere resaltar la importante labor que se realiza cuando la Secretaría Técnica de la CEB decide empezar una investigación.

Sobre el particular, puede ser que dicha investigación conlleve al inicio de un procedimiento de oficio pero no siempre es así, dado que a veces se logra persuadir a la entidad para que voluntariamente elimine la barrera burocrática investigada. Ello se encuentra relacionado

con el *Principio de Acción Preventiva* desarrollando líneas arriba. En este sentido, los artículos 46° y 47° de la nueva ley señalan lo siguiente:

Artículo 46.- Finalidad de las actividades de prevención

De conformidad con lo establecido por el principio de acción preventiva, los órganos encargados del inicio de las acciones de oficio dentro del Indecopi privilegian las acciones de prevención y/o coordinación con el objeto de promover la eliminación voluntaria de las barreras burocráticas presuntamente ilegales y/o carentes de razonabilidad por parte de las entidades sujetas a investigación.

Artículo 47.- Actividades de supervisión, investigación e inspección en materia de eliminación de barreras burocráticas

Las **actividades de supervisión, investigación e inspección dirigidas y/o vinculadas con el inicio de procedimientos administrativos de competencia de la Comisión se rigen por el principio de acción preventiva** reconocido en la presente ley, así como por las disposiciones sobre la materia establecidas en el Decreto Legislativo N° 807 y la Ley N° 27444, o las normas que las sustituyan. La **Comisión y/o su Secretaría Técnica puede solicitar toda la información o documentación que consideren necesarias** para el cumplimiento de las actividades descritas, a través de cartas, oficios o cualquier otro medio escrito, físico o electrónico.

Tal como se ha indicado, las labores de la Secretaría Técnica de la CEB y de dicha Comisión se rigen por el principio de acción preventiva, el cual significa priorizar las acciones en torno a eliminar las barreras burocráticas sin necesidad de iniciar procedimientos de oficio. Ello, no quiere decir que no se pueda solicitar documentación e información con el propósito de lograr persuadir a las entidades públicas que eliminen la barrera voluntariamente, luego de un análisis preliminar.

En tal sentido, las investigaciones y labores de supervisión - distintas al inicio de un procedimiento de oficio - que puede efectuar la CEB la facultan a utilizar otras herramientas o tipos de intervención que también resultan útiles, entre otros aspectos para desempeñar una labor preventiva a fin de alcanzar los mismos objetivos: la no presencia de barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad y velar por la simplificación administrativa (Rizo-Patrón y Sparrow, 2014, p.113).

Pese a las labores de prevención que buscan la voluntariedad en la eliminación de barreras burocráticas por parte de las entidades, existen casos en los cuales el privilegio de las acciones de prevención no prospera y las investigaciones conllevan al inicio de procedimientos de oficio en donde se ha declarado la ilegalidad y/o carencia de razonabilidad de la barrera burocrática investigada, conforme a la metodología de análisis y de acuerdo a lo establecido en el numeral 7.3 del artículo 7° del Decreto Legislativo N° 1256.

En tal sentido, el referido artículo señala dos formas de iniciar el procedimiento de oficio: (i) por investigaciones de la Secretaría Técnica de la CEB, la que iniciará el referido procedimiento de encontrar indicios para ello y (ii) por denuncias informativas de gremios, Defensoría del Pueblo, colegios profesionales u otras instituciones. Estas últimas son denuncias que se realizan mediante comunicaciones y avisos de parte de otras instituciones donde se comenta acerca de la posibilidad de que exista una barrera burocrática. Estas comunicaciones son tomadas en cuenta por la Secretaría Técnica de la CEB y pueden originar el inicio de investigaciones que pueden conducir o no a procedimientos de oficio.

Por otra parte, es importante mencionar algunos ejemplos de determinadas resoluciones en materias importantes que han sido investigadas de oficio por la CEB, las cuales causan impacto en el mercado:

TABLA VI: PROCEDIMIENTOS INICIADOS DE OFICIO POR LA CEB

| PROCEDIMIENTOS INICIADOS DE OFICIO POR LA CEB | | |
|--|--|---|
| ENTIDAD | BARRERA BUROCRÁTICA | DETALLE |
| <p>Colegios de Abogados de Lima -CAL</p> <p>Resolución N° 0079-2017/CEB-INDECOPI</p> <p>Pronunciamiento confirmado por la SEL – en segunda instancia – a través de la</p> | <p>Se investigó y declaró barreras burocráticas ilegales los siguientes requisitos de incorporación al CAL:</p> <p>(i) La exigencia del monto ascendente a S/ 1 500,00 soles para la tramitación del procedimiento de incorporación bajo la</p> | <p>La investigación dentro del procedimiento determinó que tanto el cobro de S/ 1 500,00 y de S/ 2 700,00 como requisito para la incorporación contravenían el numeral 44.1) del artículo 44° y el numeral 45.1) del artículo 45° de la Ley N° 27444 (hoy, artículos 51° y 52° del TUO de la Ley N° 27444). En dicho numeral se dice claramente que los derechos de trámite deben ser</p> |

| | | |
|--|---|--|
| <p>Resolución N° 0116-2018/SEL- INDECOPI</p> | <p>modalidad "Grupal", para ejercer el patrocinio de casos ante el Poder Judicial.</p> <p>(ii) La exigencia del monto ascendente a S/ 2 700,00 soles para para la tramitación del procedimiento de incorporación bajo la modalidad "Individual", para ejercer el patrocinio de casos ante el Poder Judicial.</p> <p>(iii) La exigencia de presentar la copia simple del certificado del curso de práctica forense para la tramitación de los procedimientos bajo la modalidad "Grupal" e "Individual" y establecido en el numeral 10 del artículo 5 del Reglamento de Incorporaciones del Colegio de Abogados de Lima aprobado en la sesión de Junta Directiva del 27 de febrero de 2016, para ejercer el patrocinio de casos ante el Poder Judicial.</p> | <p>establecidos en función al costo de servicio prestado.</p> <p>En el caso del CAL, las tasas de incorporación no habrían sido determinadas en función de los costos del CAL para la incorporación de los profesionales en derecho.</p> <p>Además, se concluyó que pedir la copia simple del certificado del curso de práctica forense contravenía el Principio de Legalidad del numeral 1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444 y lo dispuesto en el artículo 4° de la Ley N° 1367, pues dicho requisito no estaba contemplado en la norma legal.</p> |
| <p>Municipalidad Distrital de Miraflores</p> <p>Resolución N° 0157-2015/CEB-INDECOPI</p> | <p>Se investigó y declaró barreras burocráticas ilegales los derechos de trámite de los siguientes procedimientos de la Municipalidad Distrital de Miraflores:</p> <ul style="list-style-type: none"> - "Licencia de edificación modalidad C con evaluación previa por Comisión Técnica" - "Licencia de | <p>Los derechos se trámite fueron establecidos <u>en función del metraje de la obra</u> y no del costo del servicio, conforme lo establece el artículo 45° (hoy, artículo 54°) del TUO de la Ley de N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, concordado con el artículo 31° de la Ley N° 29090, Ley de Regularización de Habilitaciones Urbanas y Edificaciones.</p> |

| | | |
|--|--|---|
| | edificación modalidad C con evaluación previa de Revisores Urbanos" | |
| Municipalidad Metropolitana de Lima - MML y Municipalidad Distrital de La Molina | Se investigó y declaró barrera burocrática ilegal la prohibición de instalar estaciones de radiocomunicación en el "Área de Tratamiento Normativo III de Lima Metropolitana", perteneciente al distrito de la Molina, contenida en el índice de usos señalado en el anexo 5 de la Ordenanza N° 1144, bajo el código CIU F.45.3.0.06, modificado conforme con el anexo 3 de la Ordenanza N° 1661. | <p>En este caso, fueron dos las entidades investigadas dado que la MML fue la que emitió la normativa que contenía la prohibición y la Municipalidad de la Molina, la autoridad que la aplicaba.</p> <p>Se determinó que la prohibición era ilegal porque se contravenía lo previsto en los artículos 1 y 2 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones y los artículos 1, 3 y 4 de la Ley N° 29022 y el Principio de Legalidad reconocido en el numeral 1.1) del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444.</p> <p>La prohibición resultaba contraria a la política nacional orientada al desarrollo y expansión del servicio de telecomunicaciones y a la instalación de la infraestructura necesaria para su prestación.</p> <p>Para mayor información consultar la Resolución N° 00597-2016/CEB-INDECOPI</p> |
| Municipalidad Distrital de Santiago de Surco | <p>Se investigó y declaró barrera burocrática ilegal lo siguiente:</p> <p>La suspensión de la recepción de las solicitudes de aprobación de anteproyecto en consulta, de licencia de edificación en las modalidades B, C y D y de certificados de parámetros urbanísticos y edificatorios, así como la emisión de licencias de edificación en las modalidades</p> | <p>Se determinó que dicha suspensión era ilegal debido a que contravenía lo siguiente:</p> <p>(i) Artículo 63° de la Ley N° 27444 (hoy, artículo 72°): la Municipalidad no acreditó contar con una ley o un mandato judicial que le permita establecer dicha suspensión.</p> <p>(ii) El artículo 64° de la Ley N° 27444 (hoy, artículo 73°): la Municipalidad no demostró la existencia de una cuestión</p> |

| | | |
|--|--|---|
| | <p>B, C y D, y de certificados de parámetros urbanísticos y edificatorios en el urbanización Cerros de Camacho del distrito de Santiago de Surco, establecida en el artículo primero de la Ordenanza N° 442-MSS, modificada por el Decreto de Alcaldía N° 26-2015-MSS.</p> | <p>controvertida en sede judicial que deba ser resuelta de manera previa a su pronunciamiento.</p> <p>(iii) El artículo 124° de la Ley N° 27444 (hoy, artículo 133°): la Municipalidad no demostró no estar obligada a la recepción de documentos presentados por los administrados.</p> <p>Para mayor información consultar la Resolución N° 0642-2016/CEB-INDECOPI.</p> |
|--|--|---|

La contribución de las investigaciones y de los procedimientos de oficio a la labor en eliminación de barreras burocráticas se ve reflejada justamente en las resoluciones donde se emiten pronunciamientos que generan un cambio y un antecedente en la entidad. Si bien la CEB prioriza el ejercicio de la acción preventiva, no cabe duda de que el hecho de que se investiguen derechos de trámite como los desarrollados - sobre todo aquellos vinculados a entidades que ejercen función administrativa (CAL) - contribuye a las finalidades de la CEB: la defensa del acceso y/o permanencia de los agentes económicos en el mercado, así como de los principios y normas de simplificación administrativa.

Asimismo, la investigación de oficio sobre supuestos como prohibiciones de instalación relacionados con infraestructura en telecomunicaciones y de suspensión de procedimientos contribuyen a sentar un antecedente respecto a medidas parecidas impuestas por otras municipalidades.

En síntesis, resulta vital y de gran relevancia la función de la CEB en cuanto a las investigaciones y procedimientos de oficio dado que ello completa la labor que ejerce dicha Comisión en los procedimientos seguidos 'de parte'.

3.5.2 Las Actividades de Persuasión

En línea con lo mencionado hasta ahora respecto de las atribuciones para actuar de oficio que posee la CEB, es importante resaltar el reconocimiento legal de las acciones de persuasión que se han previsto como parte de las actividades de dicha Comisión. Sobre

ello, la nueva ley ha dispuesto entre sus artículos 48° y 51° una serie de acciones que la CEB debe tomar en torno a persuadir la eliminación de barreras burocráticas, sin que ello implique el inicio de un procedimiento de oficio. Las actividades de persuasión son las siguientes:

- a) **Elaboración y difusión del Ranking de entidades en materia de Barreras Burocráticas (artículo 48°)**: se establece la potestad de elaborar tres tipos de documentos de estilo 'Ranking', con la finalidad de que se conozca el nivel de cumplimiento de las entidades. Los tres tipos de 'Ranking' son: (a) lista de entidades con mayor cantidad de barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad provenientes de procedimientos de oficio o de parte; (b) lista de entidades con el mayor número de barreras burocráticas eliminadas voluntariamente, sin iniciar un procedimiento administrativo o antes de la emisión de la resolución final; (c) lista de entidades que implementaron medidas de prevención de eliminación de barreras burocráticas.

- b) **La Abogacía para la eliminación de barreras en leyes (artículo 49°)**: se otorga la potestad a la Secretaría Técnica de la CEB de emitir un informe técnico sustentando y recomendando implementar medidas para que se eliminen aquellas barreras burocráticas que surgieron de la función legislativa pero que aparentemente constituyen obstáculos innecesarios al ejercicio de la libre iniciativa privada y libertad de empresa afectando a los agentes económicos, así como a las normas y principios sobre simplificación administrativa.

- c) **Reporte de acciones tomadas para eliminar barreras burocráticas (artículo 50°)**: se establece una obligación para las entidades públicas que fueron parte de procedimientos de eliminación de barreras burocráticas, en los que se declaró la ilegalidad y/o carencia de razonabilidad de las medidas emitidas por dichas autoridades.

En ese sentido, las referidas entidades deben comunicar al Indecopi sobre las acciones tomadas respecto a ello, con la finalidad de que no sigan imponiendo la barrera y/o se emitan medidas parecidas que restrinjan las actividades económicas y/o incumplan con la simplificación administrativa.

- d) **Portal sobre eliminación de barreras burocráticas (artículo 51°)**: la nueva ley establece la creación de un portal electrónico para el registro de resoluciones de la CEB y de la Sala. De ahí que, en cumplimiento de lo dispuesto en el referido artículo del Decreto legislativo N° 1256, se ha implementado el "Portal sobre Eliminación de Barreras Burocráticas", el mismo

que se encuentra en: <https://www.indecopi.gob.pe/web/portal-sobre-eliminacion-de-barreras-buocraticas>

Asimismo, cabe señalar que, en coordinación con el Ministerio de la Producción, la CEB viene tomando en cuenta las denuncias informativas efectuadas en el portal electrónico dimetutriba.pe.

Respecto del portal dimetutriba.pe, el Ministerio de la Producción ha indicado que es un espacio a los ciudadanos para que informen acerca de aquellas situaciones que consideren trabas administrativas o trámites innecesarios en el sector público ("La Cámara", 2016, p.42). Asimismo, con ello se espera recuperar los niveles en la economía, dada la mayor cercanía del Estado al ciudadano y al empresario a través de los paquetes simplificadores y a la política del destrabe ("La Cámara", 2016, p.15).

- e) **Difusión de resoluciones de inicio (artículo 52°)**: se reconoce la potestad de la Secretaría Técnica de la CEB y de dicha Comisión de publicar aquellas resoluciones que inician procedimientos en eliminación de barreras burocráticas, sean de parte o de oficio, cuando se considere un caso relevante y de alto impacto que sea conveniente difundir.

Las actividades de persuasión que se reconocen en la nueva ley tienen su antecedente en acciones previas de la CEB en donde se logró que un importante número de barreras burocráticas se eliminen de manera voluntaria, lo que conllevó a considerar herramientas claves que contribuyen a persuadir a las entidades públicas de modificar aquellas medidas que podrían constituir barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad.

Al respecto, es importante reconocer y resaltar que si bien se inician procedimientos de oficio dado que a veces la persuasión no es del todo efectiva, en algunos casos los incumplimientos al marco legal y el establecimiento de barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad se debe a una falta de información y/o capacitación de los servidores públicos respecto del marco legal vigente en materia de simplificación de trámites y promoción de la iniciativa privada, más que con la mera voluntad de cometer una infracción a las leyes nacionales (Ochoa, 2016, p. 169). Por ello, es que las acciones y actividades de persuasión pueden contribuir a un cambio debido a que indirectamente capacitan e informan a aquellos funcionarios o servidores públicos que tal vez no se encuentran al tanto de ciertos aspectos de las leyes nacionales.

En atención a lo señalado, la investigación desarrollada por la CEB (previa a iniciar un procedimiento administrativo de oficio) constituye una pieza fundamental dentro las actividades de persuasión. Sobre el particular, la estrategia aplicada por dicha Comisión en sus investigaciones puede considerarse vinculada con la teoría denominada 'Regulación Responsiva'. Dicha teoría propone la aplicación de una mezcla de estrategias regulatorias para incentivar el cumplimiento, dejándose de lado la aplicación punitiva – como única herramienta para obligar a cumplir - por lo que se establece una pirámide regulatoria, en la que prevalezcan estrategias cooperativas en la base de la pirámide y progresivamente (hacia arriba) enfoques más punitivos, utilizándose estos últimos únicamente cuando las estrategias cooperativas fallan⁶ (Parker, 2006, p.592).

En el caso de la CEB, un dato interesante está relacionado a que entre junio de 2013 y diciembre de 2015 (30 meses), se reportaron 1137 barreras burocráticas eliminadas de manera voluntaria por parte de gobiernos locales, sin que haya sido necesaria la imposición de sanciones. Además, la labor preventiva y persuasiva que se ha realizado con la obtención de dichos resultados ha sido reconocida como un caso exitoso por el Banco Mundial en su reciente concurso de abogacía de la competencia a nivel mundial (Ochoa, 2016, p.172 y 173). Todo ello, refleja la importancia de que legalmente este tipo de actividades y metas se estén tomando en cuenta puesto que finalmente cumplen con el objetivo primordial de la CEB sin necesidad de incurrir en costos por un procedimiento administrativo y obteniéndose ahorros dentro del mercado, dado que no hay necesidad de presentar una denuncia (la cual implica el pago de una tasa e inversión de tiempo).

Finalmente, otras medidas de persuasión y de especial relevancia dentro de las actividades de la CEB es la posibilidad para dicha Comisión de emitir lineamientos. En tal sentido, la Comisión cuenta con facultades para emitir lineamientos (tal como se mencionó en la Unidad 2) a fin de orientar a los agentes económicos en los temas más recurrentes en materia de eliminación de barreras burocráticas y simplificación de trámites administrativos (Rizo-Patrón y Sparrow, 2014, p.113 y 114). Los lineamientos son indispensables herramientas que complementan y sintetizan determinados criterios de la Comisión y de la Sala.

⁶ Texto original en idioma inglés, traducción propia.

Respecto de las ventajas de los lineamientos se puede decir que (i) son una herramienta que no solo contribuye a la eliminación por parte de las propias entidades de aquellas barreras burocráticas existentes o potencialmente aplicables, sino que es útil a fin de prevenir la creación de nuevas trabas o barreras que resulten ilegales y/o carentes de razonabilidad, sin que sea necesario interponer denuncias y (ii) sistematizan en un único documento gran cantidad de información vinculada a las barreras burocráticas que afectan determinado sector o mercado, de manera tal que cuando los usuarios pretendan iniciar un trámite administrativo o una actividad económica específica puedan recurrir a los lineamientos a fin de contar con información útil no solo para interponer una denuncia, sino también para hacer valer sus derechos (Rizo-Patrón y Sparrow, 2014, p.116).

En resumen, existen diversos mecanismos (investigaciones, actividades de persuasión emisión de lineamientos) que procuran cumplir con el principio de acción preventiva y de persuasión reconocidos por el Decreto Legislativo N° 1256, los cuales han sido desarrollados como parte del ejercicio de atribuciones de la CEB.

3.6 Breve explicación sobre la diferencia del ejercicio de facultades y atribuciones de la CEB frente a los Procesos Constitucionales de Acción Popular y de Inconstitucionalidad

Finalmente, una vez comprendidas las atribuciones y competencias de la CEB, resulta importante explicar, de manera concisa, acerca de la diferencia entre el ejercicio de las funciones de la CEB – en el marco del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas - y los procesos constitucionales de Acción Popular y de Inconstitucionalidad. Sobre el particular, estas distinciones se han mencionado a lo largo de diversos pronunciamientos de la Comisión y de la Sala.

En síntesis, la explicación radica en que debe tomarse en cuenta el marco legal y constitucional, los cuales han establecido diversos mecanismos de defensa en favor de los ciudadanos frente a las obligaciones o restricciones que establece el Estado, a través de sus disposiciones normativas, cuando estas contravengan la Constitución y/o las leyes.

El Código Procesal Constitucional ha previsto que las disposiciones normativas que contravengan la Constitución sean cuestionadas mediante dos tipos de acciones, según el nivel normativo: (i) la Demanda de inconstitucionalidad; y, (ii) la Demanda de Acción Popular. En el primer escenario, se procede cuando la disposición normativa cuestionada es una ley (con rango y fuerza legal), es decir, proveniente del ejercicio de la función legislativa. En el segundo caso, la Acción Popular procede contra normas con rango administrativo, provenientes del ejercicio de la función administrativa. Sin embargo, ambas acciones tienen como objetivo ejercer un control de constitucionalidad sobre determinadas disposiciones normativas con la finalidad de ordenar su derogación en caso corresponda. Ello, se encuentra a cargo del Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, respectivamente⁷.

Los mecanismos de control de constitucionalidad no son los únicos previstos por el ordenamiento jurídico peruano para controlar las normas emitidas dentro del ordenamiento jurídico. En ese sentido, se ha determinado que la CEB realice -con carácter exclusivo- un control de legalidad de las normas que emiten las entidades públicas, cuando estas establezcan requisitos, prohibiciones y/o cobros para el desarrollo de actividades económicas o la tramitación de un procedimiento administrativo, otorgándole la facultad de ordenar su inaplicación, cuando se determine la existencia de una barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad.

Finalmente, tal como se ha mencionado, el propio Tribunal Constitucional ha reconocido (Expediente N° 0014-2009-PI/TC) que la facultad otorgada a la Comisión para evaluar barreras burocráticas no puede confundirse con un control de constitucionalidad (si contraviene o no la Constitución), sino con un control de legalidad (si contraviene o no una norma con rango y fuerza de ley).

⁷ **Código Procesal Constitucional**

Artículo 85.- Competencia

La demanda de acción popular es de competencia exclusiva del Poder Judicial. Son competentes: 1) La Sala correspondiente, por razón de la materia de la Corte Superior del Distrito Judicial al que pertenece el órgano emisor, cuando la norma objeto de la acción popular es de carácter regional o local; y 2) La Sala correspondiente de la Corte Superior de Lima, en los demás casos.

Artículo 98.- Competencia y Legitimación

La demanda de inconstitucionalidad se interpone ante el Tribunal Constitucional y sólo puede ser presentada por los órganos y sujetos indicados en el artículo 203 de la Constitución.

Por ello, es importante recalcar y recordar que el ejercicio de las atribuciones de la CEB se conduce en el marco de un análisis de legalidad y razonabilidad que supone contrastar normas legales y administrativas, pero no normas administrativas frente a la norma constitucional.

AUTOEVALUACIÓN DE LA UNIDAD N° 3

Indicaciones: Concluido el estudio de la Unidad 3, le sugerimos resolver la siguiente autoevaluación. Al final del módulo encontrará las respuestas

1) **¿Qué se logra con la aplicación del Principio de Acción Preventiva y con las actividades de persuasión?**

2) **¿Qué es el Principio de Encausamiento?**

3) **¿Qué evalúa la CEB o la Sala cuando se interpone una medida cautelar?**

4) **¿Es posible que la CEB o la Sala ordenen costas y costos? De ser así, ¿existen requisitos para ello?**

5) **¿Cuál es la diferencia entre el ejercicio de las funciones de la CEB y lo que se realiza mediante la Acción Popular y el Proceso Constitucional de Inconstitucionalidad?**

LECTURAS COMPLEMENTARIAS

- 1) **AYRES, I. AND BRAITHWAITE, J.**, "The Benign Big Gun" En: Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate. New York: Oxford University Press, pp. 19-53,1995
- 2) **BRAITHWAITE, J.**, *Responsive Regulation and Developing Countries*. The Australian National University, Australia: World Development, Vol. N° 34, Number 5, pp. 884–898, 2006

CASOS PRÁCTICOS

Identifique una problemática en alguna entidad pública y plantee un proyecto de investigación de oficio como si fuera la CEB, en el que se detalle cuáles son las herramientas a utilizar previas a iniciar un procedimiento de oficio. Identifique la barrera burocrática y señale si ello podría caer en un supuesto de sanción.

Se solicita realizar dos ejercicios iguales pero con temáticas y materias distintas (por ejemplo, derechos de trámite y suspensión de procedimientos); pueden ser materias diferentes a estas.

RESUMEN DE LA UNIDAD N° 3

En la Unidad 3 se trabajaron las funciones y atribuciones de la CEB, más allá de su atribución de conocer y resolver las denuncias por eliminación de barreras burocráticas. En tal sentido, se desarrolló la posibilidad de otorgar medidas cautelares y ordenar el pago de costas y costos dentro del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas.

Asimismo, se señalaron las facultades para sancionar con las que cuenta la Comisión y se detallaron los supuestos de infracción que hoy en día contemplan las normas. También se desarrolló lo relativo a las atribuciones de investigación y supervisión de la Secretaría Técnica de la CEB y de dicha Comisión, resaltándose la priorización del Principio de Acción Preventiva frente al inicio de procedimientos de oficio.

Adicionalmente, se ilustraron algunos casos respecto de pronunciamientos de la CEB dentro de procedimientos de oficio los cuales tratan sobre derechos de trámite, prohibiciones e instalación de antenas en telecomunicaciones. Con ello, se evidenció el impacto que tiene la labor de oficio dentro del mercado y la sociedad.

Finalmente, también se explicaron y detallaron en qué consisten las labores de persuasión de la Comisión, así como la utilización de herramientas como los lineamientos emitidos por la CEB. Sobre ello, se indicó que la técnica de las investigaciones de la CEB tiene concordancia con la teoría de la 'Regulación Responsiva' que prioriza la aplicación de estrategias 'suaves' para persuadir el cumplimiento y va incorporando estrategias punitivas en caso no haya una respuesta favorable. Con ello, se concluyó con el desarrollo de la Unidad 3.

BIBLIOGRAFÍA

- 1) **CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA (CCL)** (2016). "La CCL se sumó a la iniciativa del Gobierno, 'dime tu traba' que busca eliminar barreras administrativas" (sección 'Institucional) En: La Cámara, Num. 753, p.42-43, Lima, Perú.
- 2) **CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA (CCL)** (2016). "Escuchamos al Sector Privado y Acercamos el Estado al Ciudadano" (Entrevista) En: La Cámara, Num. 754, p.14-15, Lima, Perú.
- 3) **OCHOA, F. (2016)**. ¿Es posible ¿Es posible hacer cumplir la ley sin sancionar? Aplicando de manera «responsiva» la regulación en el Perú, a propósito del caso de abogacía de la competencia sobre las barreras burocráticas en el mercado de servicios públicos. Lima, Perú: Derecho PUCP – Revista de la Facultad de Derecho, N°76, pp. 151– 180, Lima (Perú). En: <http://dx.doi.org/10.18800/derechopucp.201601.006> (Consulta: 15/09/2016)
- 4) **PARKER, C. (2006)**. The "Compliance" Trap: The Moral Message in Responsive Regulatory Enforcement. Source: Law & Society Review, Vol. 40, N°3 (Sep., 2006), pp. 591-622, doi: <http://www.jstor.org/stable/3840514> (Consulta: 10/07/2016)
- 5) **RIZO-PATRÓN, J. y SPARROW, B. (2014)** "Importancia de los Lineamientos, Precedentes de Observancia Obligatoria y Resoluciones Publicables de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas". Revista de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – Indecopi, Año 10, N°19, pp.107-128, Lima (Perú).

Resoluciones

- 6) Resolución N° 0425-2014/CEB-INDECOPI, que desarrolla la explicación de la diferencia entre Acción Popular y de Inconstitucionalidad frente a la CEB.

LISTA DE ACRÓNIMOS

CAM: Comisión de Acceso al Mercado

CEB: Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas

CPP: Constitución Política del Perú

LOM: Ley Orgánica de Municipalidades

PEBB: Procedimiento de eliminación de barreras burocráticas

SDC: Sala Especializada en Defensa de la Competencia

SEL: Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas

TUO: Texto Único Ordenado

RESPUESTAS DE LAS AUTOEVALUACIONES

| UNIDAD 1 | |
|----------|---|
| PREGUNTA | RESPUESTA |
| 1 | Los derechos mencionados y la protección del interés público se relacionan con la eliminación de barreras burocráticas porque a través de dicho procedimiento se busca alcanzar un equilibrio entre el ejercicio de los referidos derechos y la protección de un interés público que se busca proteger. |
| 2 | C. |
| 3 | B. |
| 4 | B. |
| 5 | <p>Al momento de evaluar una Barrera Burocrática posiblemente ilegal y/o carente de razonabilidad lo primero que se debe tener en cuenta es el Decreto Legislativo N° 1256. Además, se debe tener presente, de manera específica, lo siguiente:</p> <ul style="list-style-type: none"> • <u>Tipo de Barrera</u>: Exigencia, Requisito, Cobro, Prohibición o Limitación • <u>Forma de Materialización</u>: disposición o acto administrativo; actuación material. Se debe tomar en cuenta dónde se encuentra contenida la Barrera Burocrática y que dicha forma de materialización no sea una disposición legal sino de carácter administrativo, susceptible de ser conocida por la CEB. • Que la Barrera Burocrática esté señalada de manera precisa y que no se señale únicamente la forma de materialización como tal. |
| UNIDAD 2 | |
| PREGUNTA | RESPUESTA |
| 1 | Los tres aspectos que se evalúan en dicha etapa son (i) la entidad tenga competencias y atribuciones; (ii) cumplimiento de formalidades para emitir la norma que contiene la medida cuestionada; (iii) la medida no contravenga una norma de simplificación administrativa o cualquier otra norma legal. De manera general, se aplican de forma 'preclusoria' pero la CEB y la SALA pueden determinar continuar con el análisis de los otros aspectos, de considerarlo necesario. |
| 2 | C. |

| | |
|---|---|
| 3 | B. |
| 4 | C. |
| 5 | Porque para que la CEB y la SEL decidan continuar con el análisis de razonabilidad los indicios deben ser específicos y precisos respecto a la barrera burocrática cuestionada, sin que únicamente se mencionen de manera general. Por ello, se debe tomar en cuenta que el Decreto Legislativo N° 1256 señala establece qué tipos de argumentos serían descartados como indicios dentro de un procedimiento de eliminación de barreras burocráticas. |
| 6 | a) Porque así se evita que las medidas tomadas por las entidades sean arbitrarias, sin sustento real b) Porque demostrar la existencia del interés público sólo aplica para algunos casos c) Porque se demuestra la capacidad de los funcionarios públicos de las entidades |

UNIDAD 3

| PREGUNTA | RESPUESTA |
|-----------------|---|
| 1 | El principio de acción preventiva prioriza la realización de acciones alternativas al inicio de un procedimiento de oficio por eliminación de barreras burocráticas. Las actividades de persuasión contribuyen a ello, logrando que se eliminen trabas sin necesidad de un procedimiento. |
| 2 | Mediante el Principio de Encausamiento los órganos competentes (CEB / SALA) tienen la potestad de identificar de oficio (por ellos mismos) otros medios de materialización, distintos a los que señaló la parte denunciante. Además, podrán identificar la medida cuestionada del resto del documento y no sólo del petitorio. |
| 3 | Se evalúa la barrera burocrática que se pretende inaplicar y, a su vez, la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y la irreparabilidad del daño, entendidos estos últimos aspectos como un indicio bastante certero de la existencia de la barrera burocrática y de su ilegalidad y/o carencia de razonabilidad, además de la posibilidad de que el tiempo torne en inútil un pronunciamiento final debido a que la afectación de la barrera burocrática no pueda repararse por el transcurso del tiempo. El Decreto Legislativo N° 1256 establece la siguiente terminología respecto a las medidas cautelares: (i) la barrera burocrática que se pretende inaplicar; (ii) La verosimilitud del carácter ilegal o de la carencia de razonabilidad de la barrera burocrática y (iii) la posibilidad de que por el transcurso del tiempo entre la interposición |

| | |
|---|--|
| | de la denuncia y la resolución que ponga fin al procedimiento, en primera o segunda instancia, se cause un daño que se torne en irreparable para el denunciante. |
| 4 | Sí, la CEB y la Sala pueden ordenar el pago de costas y costos a la entidad denunciada, siempre y cuando el pronunciamiento haya sido favorable para la parte denunciante y este haya solicitado dicho pago durante el procedimiento. |
| 5 | La distinción radica en que en el primero se ejerce un control de legalidad de las medidas contenidas en las normas administrativas emitidas por las entidades públicas frente a las normas legales. En el caso de los procesos constitucionales, lo que se ejerce es un control de constitucionalidad que busca "expulsar" la totalidad de la norma legal o administrativa del ordenamiento jurídico. |



EL PERÚ PRIMERO

ISBN: 978-9972-664-82-3



9 789972 664823