

FRANCISCO J. OCHOA MENDOZA¹

Resumen

El procedimiento a cargo de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi puede tener un gran impacto económico en la vida de las personas. Por un lado, evita que una regulación excesiva e innecesaria siga generando sobrecostos en los negocios y/o trámites administrativos que emprenden los ciudadanos y, por otro lado, beneficia a los consumidores ya que permite la entrada y permanencia de más empresas en el mercado, además de promover que estas últimas enfoquen su esfuerzo, tiempo y dinero en la calidad de sus productos y servicios antes que asumir cargas regulatorias ilegales y/o sin fundamento razonable. No obstante los beneficios mencionados, aún es un mecanismo poco explotado, principalmente por su falta de difusión y aparente complejidad. El presente artículo desarrolla los conceptos básicos de este procedimiento de mejora regulatoria para que esta herramienta legal sea comprendida no solo por abogados y académicos, sino por empresarios y ciudadanos en general.

Palabras clave: barreras burocráticas, simplificación administrativa, análisis de impacto regulatorio, derecho administrativo económico, tributación municipal, acceso al mercado.

I. INTRODUCCIÓN

En el Perú, hacia finales de la década de 1980, se llevaron a cabo reformas para combatir parte de la «mala burocracia»², a través de la emisión de leyes que promovían la simplificación de trámites y la disminución de costos administrativos³. Sin embargo,

* Las opiniones vertidas en este artículo representan la visión exclusiva del autor sobre las diferentes materias abordadas y no comprometen en modo alguno la posición de los órganos resolutivos y otras áreas de la institución.

¹ Abogado por la Universidad de Lima y Master en Regulación por la London School of Economics and Political Science. Es docente de la Escuela Nacional de la Competencia y ha sido profesor del curso de Derecho Administrativo en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Actualmente es Subjefe de la Secretaría Técnica de la CEB. Correo personal: fochoamendoza@me.com. El autor agradece a Luis Marcelo Gorrio y a César Armas Portilla sus importantes sugerencias en el proceso de elaboración del presente documento.

² La burocracia no es negativa por naturaleza. Si bien el uso común de esta palabra posee una connotación peyorativa, tiene un origen y una utilidad distintos. Etimológicamente se refiere al poder desde el escritorio público (*bureau y cratia*) y en su sentido práctico ha sido descrita como el sistema de organización administrativa que pretende el cumplimiento de determinados objetivos a través de profesionales especializados con base en normas prescritas previamente (Weber, 2013). Incluso, autores de tendencia libertaria aceptan que la burocracia es un elemento necesario dentro de la organización de un gobierno (cf. Mill, 1998; von Mises, 1944; Niskanen, 1994).

³ En 1989 se publicó la Ley N.º 25035 (Ley de Simplificación Administrativa) que estableció los principios para la reducción de trámites. En 1991 fue publicado el Decreto Legislativo N.º 757 (Ley Marco para el Crecimiento de la

esta legislación adolecía de un aspecto importante para su efectivo cumplimiento: la creación de una autoridad que hiciera respetar estas reglas. No es sino hasta 1996 que se crea un órgano resolutorio especializado con poderes de investigación, solución de controversias y de sanción con efecto vinculante sobre todas las entidades públicas a nivel nacional. Esta autoridad, denominada inicialmente Comisión de Acceso al Mercado y, posteriormente, Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (en adelante, CEB o Comisión), se encuentra incluida dentro de la estructura organizacional del Indecopi⁴ y cuenta con plena autonomía en sus decisiones⁵.

Los poderes de la CEB no tienen precedentes legales a nivel nacional o internacional⁶ (Maraví, 2013) y es considerada como una vía alterna más rápida y menos costosa frente a los procesos judiciales y constitucionales⁷ en lo que se refiere a la evaluación de regulaciones y actuaciones administrativas (Avendaño y Zumaeta, 2011). Además, se ha comprobado que las decisiones de este órgano del Indecopi tienen un gran impacto —en términos económicos— en favor de las empresas y ciudadanos que han recurrido a su tutela, generando ahorros millonarios producto de los mandatos de eliminación⁸ (Mínguez, 2011; Coronado *et al.*, 2014)⁹. Sin embargo, esta importante herramienta que ofrece nuestro marco legal afronta tres grandes limitaciones para una adecuada expansión y efectiva utilización.

Una primera limitación es la falta de difusión sobre el procedimiento y sus fundamentos. Hoy en día, casi veinte años después de su creación, las atribuciones que posee la CEB para eliminar barreras burocráticas aún resultan extrañas para el común de los ciudadanos, además de ser poco exploradas por las empresas y sus abogados, en comparación con otros procedimientos y servicios que se siguen regularmente ante el Indecopi (como el registro de marcas, procedimientos sancionadores por prácticas anticompetitivas y de competencia desleal, denuncias sobre protección al consumidor,

Inversión Privada) que reconoció a nivel legal los principios económicos previstos en la actual Constitución Política, así como importantes mecanismos administrativos y tributarios.

⁴ Acrónimo de «Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual».

⁵ Sus resoluciones solo pueden ser modificadas por el Tribunal del Indecopi y por mandato judicial.

⁶ Si bien el mecanismo de análisis regulatorio existe en diversos países, solo el sistema legal peruano permite la aplicación de sanciones pecuniarias (multas) a entidades y funcionarios públicos, además de la posibilidad de ordenar la eliminación de regulaciones, sin necesidad de recurrir a instancias judiciales.

⁷ En la vía judicial existen diversas acciones legales con similares resultados (no idénticos y con diferentes objetivos) como los procesos de Acción Popular, Acción de Amparo y la demanda contencioso-administrativa, mientras que en la vía constitucional pura se encuentra la acción de inconstitucionalidad, en el caso de ordenanzas municipales.

⁸ Como se explica más adelante, el término «eliminación» que se emplea en el presente artículo es genérico, por tanto se refiere a la posibilidad de ordenar la «inaplicación», así como la eliminación con efecto general.

⁹ En un primer estudio, elaborado por Raúl Mínguez, se concluyó que las decisiones de la CEB en el año 2010 generaron un beneficio de aproximado S/. 15 MM (aprox. US\$ 4 900 MM) para los agentes económicos beneficiados con la eliminación de las barreras identificadas. En un segundo estudio, usando una fórmula similar, la Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi estimó que la eliminación de 209 barreras por parte de la CEB en el año 2013 generó un ahorro de más de S/. 131 MM (aprox. US\$ 41 280 MM).

entre otros)¹⁰. El desconocimiento sobre las reglas de legalidad y razonabilidad en la emisión y aplicación de normas es también grande entre las entidades públicas, lo cual genera que sea necesaria la intervención de una autoridad de supervisión regulatoria como la CEB.

Una segunda limitación es el entendimiento poco acertado del término «barrera burocrática» y de sus alcances. En efecto, una vez que se conoce de la existencia de la CEB, existe la falsa premisa de que este órgano es una especie de «superregulador» de las entidades públicas y que, en consecuencia, toda actuación proveniente de estas últimas constituye un supuesto de barrera burocrática¹¹. Sin embargo, el poder de la CEB se encuentra reservado a determinadas actuaciones de las entidades de la Administración Pública que califiquen dentro de la categoría de «barrera burocrática».

Finalmente, la idea poco optimista sobre el alcance de los pronunciamientos de la CEB y el temor por un enfrentamiento con la autoridad constituyen una tercera limitación. En efecto, una gran diferencia entre la mayoría de procesos judiciales y constitucionales en los que se revisan regulaciones administrativas¹² frente al procedimiento seguido ante la CEB es el hecho de que, en este último caso, el efecto de las resoluciones beneficia «formalmente» a la empresa que interpuso una denuncia, mientras que en las vías tradicionales se puede lograr un efecto general (derogación). Si bien las decisiones de la CEB no recaen directamente sobre personas ajenas al procedimiento (quienes sufren por la misma barrera pero que no han presentado denuncia ante la CEB), en la práctica pueden originar un efecto general debido a las atribuciones con las que cuenta actualmente el Indecopi en acciones de oficio. Asimismo, es sabido que algunos empresarios no optan por utilizar el reclamo ante la CEB por temor a posibles represalias por parte de las entidades públicas respecto de sus procedimientos en curso y por el debilitamiento de las futuras «relaciones regulatorias» a medio y largo plazo. Sin embargo, la creciente actividad de oficio de la CEB en los últimos años (junto a sus importantes resultados) a raíz de sus nuevas herramientas legales sobresalen como una alternativa para aquellos supuestos en los que los agentes económicos afectados por una barrera no desean ser parte de una contienda.

¹⁰ Lo señalado, probablemente, se debe a la inexistente oferta de cursos sobre esta materia en las facultades de Derecho a nivel nacional, lo cual a su vez genera que los abogados que representan a empresas tengan escaso o nulo conocimiento teórico sobre este tema (salvo los que lo han adquirido en la práctica); además de la escasa literatura y discusión académica, en especial en círculos del Derecho de la Competencia.

¹¹ Lo señalado, probablemente, se debe a que los pronunciamientos que emite la CEB se vinculan a diversas materias y sectores de la economía (desde investigaciones sobre requisitos para obtener una licencia municipal hasta denuncias por el pago del uso del espectro radioeléctrico).

¹² Sobre un análisis comparativo de los procesos judiciales y constitucionales frente a los procedimientos seguidos ante la CEB véase: «El que no cae, no tiene que resbalar en el Poder Judicial: las barreras burocráticas y el procedimiento administrativo» (Avenida y Zumaeta, 2011).

En ese sentido, el presente artículo pretende contribuir de alguna manera a disminuir las brechas de información antes mencionadas, proponiendo un marco teórico sencillo sobre el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas a través del desarrollo de siete temas. El primero de ellos consiste en comprender la importancia de la función administrativa dentro del concepto de «barrera burocrática». En segundo lugar se requiere identificar el fundamento constitucional de las atribuciones de la CEB. El tercer tema se vincula al concepto de «barrera burocrática» y a los elementos que lo componen (lo que puede evaluar la CEB). En cuarto lugar se hará referencia a los supuestos ajenos a las atribuciones de la CEB¹³ (lo que no puede evaluar). En quinto lugar se propondrá una clasificación tripartita que abarque todo tipo de barreras burocráticas bajo la competencia de la CEB. Como sexto tema se describirá la evolución histórica de las atribuciones de la CEB, teniendo en cuenta las diversas modificaciones legales. En séptimo lugar, se mencionarán las herramientas legales con las que cuenta actualmente la CEB para cumplir sus funciones.

II. IMPORTANCIA DEL CONCEPTO DE «FUNCIÓN ADMINISTRATIVA»

El artículo 26 BIS del Decreto Ley N.º 25868¹⁴ (en adelante, el artículo 26 BIS) es la norma¹⁵ que da origen a las atribuciones de la CEB, facultándola para conocer y ordenar la eliminación de los actos, disposiciones y cualquier otra modalidad de actuación de las entidades de la Administración Pública que constituyan barreras burocráticas que afecten ilegal o irrazonablemente¹⁶ a los agentes económicos en el mercado y/o que incumplan las normas de simplificación de trámites¹⁷.

¹³ Desde 2008 las funciones de la CEB han sido desconcentradas gradualmente en las comisiones adscritas a 12 oficinas regionales del Indecopi en el interior del país. Por tanto, toda referencia sobre las funciones de eliminación de barreras burocráticas de alcance regional y/o local debe entenderse de manera extensiva a las referidas comisiones y a las que en el futuro puedan ser objeto de la misma desconcentración.

¹⁴ Antigua Ley de Organización y Funciones del Indecopi (publicada en noviembre de 1992).

¹⁵ Si bien los decretos leyes no son manifestación de la función legislativa en sentido formal, su vigencia y fuerza de ley son reconocidas en nuestro sistema jurídico sobre la base de la teoría de la continuidad, desarrollada por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N.º 010-2002-AI/TC.

¹⁶ La redacción original de este artículo utilizaba el término «irracional»; sin embargo, a partir de 2008, la CEB y el Tribunal del Indecopi lo sustituyen por «carente de razonabilidad» o «irrazonable», tomando en cuenta la redacción utilizada por el artículo 23 del Decreto Legislativo N.º 1033 sobre las funciones de la Comisión. Esta precisión ha sido adoptada recientemente por el Decreto Legislativo N.º 1212 (publicado el 24 de septiembre de 2015), el cual modifica el artículo 26 BIS.

¹⁷ La reciente modificación producida en el artículo 26 BIS no hace referencia expresamente a la función de supervisar normas de simplificación administrativa como sí lo mencionaba la redacción original, vigente desde 1996. Sin embargo, teniendo en cuenta que la definición de «barrera burocrática», establecida en el artículo 2 de la Ley N.º 28996, incluye las restricciones a la simplificación administrativa, debe entenderse que este tipo de función aún se encuentra a cargo de la CEB.

La mencionada norma parece ser clara en el encargo encomendado y en el objeto supervisado. Sin embargo, los términos «acto», «disposición», «actuación» e, inclusive, «entidad de la Administración Pública» podrían no ser tan familiares para el común de los ciudadanos y para el empresario. En ese sentido, podrían formularse preguntas como: ¿Qué debe entenderse por «entidad de la Administración Pública»? ¿Cuál es la diferencia entre una ley y una disposición de la Administración Pública? ¿Acaso ley y disposición administrativa no son obligatorias por igual? ¿Cuál es la diferencia entre un acto, una actuación y una disposición de la Administración Pública? Responder a estas interrogantes es necesario para comprender la naturaleza y el ámbito de supervisión de la CEB. Para ello, en primer lugar debe entenderse la relación entre la función legislativa y la función administrativa, siendo las entidades de la Administración Pública las encargadas de ejercer esta última función. En segundo lugar es importante identificar las herramientas con las que cuentan las entidades de la Administración Pública para llevar a cabo sus funciones, ya que estas son el vehículo o «recipiente» mediante el cual se imponen las barreras burocráticas.

I. Relación entre la función legislativa y administrativa

Los Estados de Derecho se sustentan en la teoría de separación de poderes¹⁸, según la cual las principales funciones del Estado (legislativa, judicial y ejecutiva) deben ser llevadas a cabo por tres instituciones independientes unas de otras, a diferencia de los antiguos sistemas absolutistas que concentraban el poder en el gobernante. Así, la labor de emitir normas de alcance nacional —denominadas «leyes»— está a cargo del Parlamento o Congreso (Poder Legislativo), conformado por los representantes de la sociedad. Resolver conflictos entre partes debe estar a cargo de los jueces (Poder Judicial), mientras que la función de gobernar y ejecutar las leyes está a cargo, tradicionalmente, del mandatario y sus ministros (Poder Ejecutivo). ¿Dónde ubicar entonces a la función administrativa?

La función administrativa es definida como la ejecución concreta y práctica de los cometidos estatales; es una actividad de gestión y de servicio hacia un fin determinado por ley (Dromi, 1986). Por lo tanto, una primera respuesta asumiría que la función administrativa es exclusiva del Poder Ejecutivo. Sin embargo, la realidad hace notar que la función de ejecutar los encargos legales y constitucionales (función administrativa) no está reservada a un solo poder del Estado.

La Constitución Política peruana no es ajena a la clasificación tripartita de poderes. No obstante ello, también identifica la existencia de entidades —diferentes a los tres

¹⁸ Esta teoría se le atribuye usualmente a Montesquieu por su obra *El espíritu de las leyes* (1748). Sin embargo, el concepto de «división de poderes» fue desarrollado previamente de manera similar por otros autores, como John Locke en el *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil* (1689) e, inclusive, Aristóteles en *La Política* (330 a. de C.).

poderes— que realizan la función de ejecutar y materializar los encargos asignados por las leyes y la propia Constitución (como los gobiernos locales y regionales, la Contraloría General de la República, el Jurado Nacional de Elecciones, la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, entre otras). La teoría moderna explica esta aparente contradicción precisando que la división de poderes no es otra cosa que una división de funciones (ya que el poder es único y no está sujeto a fragmentaciones), de tal manera que la función administrativa debe diferenciarse de la función jurisdiccional, gubernativa y legislativa (Gordillo, 2013; Cassagne, 2002; García de Enterría y Fernández, 2006; Dromi, 1986). En simples palabras, la función administrativa consiste en hacer cumplir las leyes, tarea en la que participa no solo el Poder Ejecutivo sino además todas las entidades que designen la Constitución y las leyes. De ahí la importante relación entre la función de legislar y la función de administrar¹⁹. Entonces, ¿quiénes son las «entidades de la Administración Pública» a las que hace referencia el artículo 26 BIS? Son todas aquellas que tienen asignada la función administrativa²⁰.

Nuestra legislación permite que la función administrativa se encuentre en manos de organismos estatales vinculados al Poder Ejecutivo y también ajenos a él (municipalidades, organismos constitucionalmente autónomos, gobiernos regionales, entre otros)²¹. También reconoce que dicha función puede ser llevada a cabo —vía delegación— por organizaciones cuyo financiamiento no es público (como los colegios profesionales)²² y que, inclusive, tengan origen privado (asociaciones privadas y empresas prestadoras de servicios públicos, entre otros)²³. Por tanto, comprender el concepto de «entidad de la administración pública» implica tener en cuenta que la función administrativa puede ser ejercida por entidades públicas y privadas²⁴.

¹⁹ Por ejemplo, el Congreso de la República consideró necesario restringir el consumo de cigarrillos en lugares públicos (para minimizar los efectos de dicho producto en la salud pública), aprobando para ello una ley (Ley N.º 28705). Debido a que la sola existencia de una prohibición no garantizaría su cumplimiento, la ley designó a las municipalidades (geográficamente más cercanas al ciudadano) como las entidades a cargo de la fiscalización y control, dotándolas de la capacidad de sanción a quienes se nieguen a cumplir con esta ley.

²⁰ Respecto del concepto de «función administrativa» por parte del Tribunal del Indecopi, véanse Resoluciones N.º 01800-2010/SCI-Indecopi, N.º 0675-2013/SDC-Indecopi y N.º 0253-2015/SDC-Indecopi.

²¹ Artículo I del Título Preliminar de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

²² Según las Leyes N.º 28588 y N.º 28966 (función legislativa), los colegios profesionales de arquitectos tienen el rol de supervisar a quienes ejercen la profesión, siendo los encargados de otorgar un certificado de habilitación profesional como requisito para ejercer esta carrera (función administrativa). Si bien son organizaciones creadas por ley, no forman parte del aparato estatal ni reciben financiamiento público.

²³ Según la Ley N.º 28036 (función legislativa), las federaciones deportivas son los órganos rectores de cada disciplina profesional dentro del territorio nacional, por lo cual tienen la potestad de reglamentar los torneos profesionales, así como llevar un registro de las organizaciones que se afilien a dichos torneos (función administrativa). Las federaciones deportivas son asociaciones privadas y ejercen función administrativa.

²⁴ El Decreto Ley N.º 26111, Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos (publicada en enero de 1993) ya consideraba que las empresas privadas estén sujetas a las normas de trámites administrativos, en tanto ejerzan una función administrativa o presten un servicio público. Esta posibilidad es conservada hasta la actualidad en la Ley N.º 27444, que derogó la norma mencionada.

2. Formas jurídicas administrativas

Una vez asimilado el concepto de «función administrativa» es necesario identificar cuáles son las vías mediante las cuales las entidades de la Administración Pública ejercen su función. Así como el Poder Legislativo viabiliza su función mediante leyes y el Poder Judicial hace lo propio mediante sentencias, la función de administrar posee sus propios modos de expresión. Tradicionalmente se identifican cinco formas o actuaciones jurídicas administrativas (Dromi, 2005; Gordillo, 2013; Cassagne, 2002)²⁵:

1. El *acto administrativo*²⁶: es la declaración unilateral que produce efectos jurídicos generales y abstractos en forma directa (por ejemplo, las resoluciones administrativas que otorgan o deniegan autorizaciones, así como las que imponen multas).
2. El *reglamento administrativo*: es la declaración unilateral que produce efectos jurídicos generales en forma directa y que se integra al ordenamiento jurídico²⁷ (por ejemplo, los decretos supremos que reglamentan leyes o las ordenanzas que regulan trámites).
3. El *simple acto de la administración o acto de administración interna*: es la declaración unilateral interorgánica, es decir, aquella que emiten las entidades al interior de sus dependencias (por ejemplo, los informes de opinión, memorándums, directivas internas o cualquier documento oficial remitido entre órganos de una misma entidad).
4. El *hecho administrativo*: es la actividad material que produce efectos jurídicos directos o indirectos (por ejemplo, inspecciones, clausura de locales, demoliciones, etc.).

²⁵ La identificación (no la *diferenciación*) de las 5 formas administrativas es casi uniforme entre la doctrina Iberoamericana. Lo que varía usualmente es el tipo de clasificación y, en algunos casos, la denominación. Así, por ejemplo, Cassagne diferencia entre actos, reglamentos, actos inter-orgánicos y hechos materiales; sin embargo, considera que los contratos deben incluirse dentro del concepto de acto administrativo de tipo bilateral (2002, 41-49). Gordillo, por su parte, reconoce que en sentido amplio el término “acto administrativo” puede englobar también a los reglamentos, mientras que los contratos administrativos no deben ser incluidos dentro de esta categoría (2013, X.7-10). En el caso de los actos de administración interna, Dromi le denomina “Simple actos” (2005), mientras que Cassagne hace referencia a “actos inter-orgánicos” (2002).

²⁶ Es importante tener en cuenta que algunos autores consideran que el término *acto administrativo* es una categoría genérica que incluye a los actos “normativos” (como los reglamentos) y a los “no normativos” (como las decisiones “no abstractas” emitidas sobre sujetos individualizables). Para un interesante desarrollo sobre este tema, ver “El Reglamento, ¿Acto Administrativo en el Derecho Peruano?” (Baca y Abruña, 2010).

²⁷ Este elemento de integración al ordenamiento jurídico diferencia a los reglamentos de los actos administrativos que pueden tener un grupo indeterminado de personas (como las convocatorias) pero que no tienen finalidad normativa. Al respecto, ver “*Tratado de derecho administrativo y obras selectas*” - Parte I (Gordillo, 2013) y la publicación sugerida *ibid*, pp. 74-76.

5. El *contrato administrativo*: es la declaración bilateral, con efectos jurídicos, entre dos o más personas en la que una de ellas ejerce función administrativa.

Nuestra legislación adopta esta clasificación ya que la Ley N.º 27444 incluye dentro de sus definiciones al acto administrativo, al simple acto de la administración y al hecho administrativo²⁸. En el caso de los contratos²⁹ y reglamentos administrativos³⁰, si bien no existe una definición similar a la de las otras formas jurídicas, son reconocidos y regulados en diversas leyes especiales.

Los conceptos desarrollados hasta este punto permiten responder las interrogantes propuestas. En primer lugar es posible identificar cuáles son las formas jurídicas objeto de supervisión por parte de la CEB. Hasta antes de la última modificación del artículo 26 BIS (septiembre de 2015)³¹, podía interpretarse que el concepto de «barrera burocrática» se vinculaba únicamente a los actos y reglamentos administrativos. En el caso del acto administrativo, se trata de una forma jurídica cuyo impacto se dirige específicamente a una persona o grupo personas identificadas (efecto individual), mientras que en el caso de las disposiciones administrativas existe un impacto sobre un grupo indeterminado de personas (efecto general)³². Sin embargo, el concepto de «acto de la Administración Pública» fue interpretado de manera amplia por el Tribunal del Indecopi, en el sentido de que no se restringe a la definición de acto administrativo de la Ley N.º 27444 (decisiones formales emitidas por escrito en el curso de un procedimiento), sino a toda actuación documentaria e inclusive material en la que se imponga una barrera burocrática³³. Por tanto, de acuerdo a la máxima instancia del Indecopi, son tres las formas jurídicas mediante las cuales se puede imponer una barrera burocrática: el acto, los reglamentos y los hechos administrativos (actuaciones materiales). Esta interpretación ha sido adoptada y ampliada recientemente en la legislación a través del Decreto Legislativo N.º 1212 que, al modificar el artículo 26 BIS, ha establecido que cualquier modalidad de actuación de las entidades de la Administración Pública puede ser conocida por la CEB.

²⁸ Véase artículo I de la Ley N.º 27444.

²⁹ Más allá de la discusión académica sobre la diferencia entre «contratos administrativos» y «contratos privados de la administración» (teoría dualista), lo cierto es que existe una serie de leyes que regulan la contratación administrativa en el Perú, como la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Legislativo N.º 1017), la Ley Marco de Asociaciones Público-Privadas (Decreto Legislativo N.º 1012), entre otras. Para mayor detalle sobre el régimen de contrataciones estatales en el Perú, véanse Danós (2007) y Martín (2013).

³⁰ En el caso de los reglamentos, la propia Ley N.º 27444 hace referencia a ellos como fuente del Derecho Administrativo y como instrumento para viabilizar el desarrollo de normas especiales en materia de procedimientos. En el caso de la producción normativa del Poder Ejecutivo, la potestad reglamentaria a través de Decretos Supremos, así como sus límites, se encuentra señalada en la Ley N.º 29158.

³¹ El artículo 26 BIS ha sido modificado recientemente mediante el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1212, publicado el 24 de septiembre de 2015 y vigente desde el 24 de octubre del mismo año.

³² Un ejemplo de acto administrativo es la decisión de una autoridad que otorga o deniega un permiso solicitado por una persona en particular, mientras que la disposición podría tratarse de una ordenanza o decreto supremo que establece las reglas para otorgar estos permisos.

³³ Un mayor análisis sobre el tema es desarrollado en el acápite V, «Actuaciones fuera del alcance de la CEB».

En segundo lugar, se puede diferenciar claramente entre una ley y una disposición de la Administración Pública. Si bien ambas son manifestaciones normativas, la primera es producto de la función legislativa (usualmente ejercida por el Congreso de la República)³⁴ mientras que la segunda es producto de la función administrativa (ejercida por las entidades de la Administración Pública). Esta diferencia no es meramente denominativa, sino que refleja la relación de complementariedad entre una y otra. Si alguna entidad de la Administración Pública posee el poder de dictar disposiciones normativas es debido a que una ley —o la propia Constitución— le ha autorizado expresamente a ello. Bajo esa lógica, existe una obligación de respeto y sometimiento de la disposición administrativa frente a los encargos y límites fijados por la ley. Si bien la ley y la disposición administrativa deben ser acatadas por los ciudadanos, esta última no puede exceder o desconocer lo establecido por el legislador ya que ello implicaría un abuso del poder.

3. Importancia de la función administrativa

El concepto de función administrativa y sus formas jurídicas es importante para comprender el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas debido a que permite conocer: (i) a los sujetos que pueden ser supervisados por la CEB (las entidades de la Administración Pública); (ii) a uno de los elementos esenciales para identificar una barrera burocrática (la forma de materialización), y (iii) aquello que no puede ser supervisado por la CEB (las formas distintas a las señaladas, así como las funciones que no sean administrativas). Asimismo, lo señalado permite comprender que las barreras burocráticas no son nocivas por naturaleza, sino solo las ilegales y/o carentes de razonabilidad. De hecho, la restricción de libertades a través de regulaciones administrativas por razones económicas y sociales se reconoce como necesaria en ciertos supuestos para proteger el interés público (Baldwin *et al.*, 2012)³⁵. Sin embargo, lo que no puede aceptarse y debe eliminarse es el ejercicio abusivo de la función administrativa a través de su poder regulatorio.

III. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LAS ATRIBUCIONES DE LA CEB

El poder con el que cuenta actualmente la CEB ha sido controvertido desde sus inicios. Se trata del Estado supervisándose a sí mismo, por lo que no es extraño que algunas

³⁴ En nuestro sistema jurídico la función legislativa puede ser ejercida por el Poder Ejecutivo —vía delegación del Congreso de la República— mediante decretos legislativos y en situaciones extraordinarias pueden emitirse decretos de urgencia. Tanto los decretos legislativos como los decretos de urgencia tienen fuerza de ley.

³⁵ La teoría del «interés público» no agota la explicación sobre el origen de las regulaciones. De hecho, la literatura sobre la materia reconoce teorías adicionales tales como la «captura regulatoria» (Stigler, 1971; Peltzman, 1989) y la influencia de las «ideas» (Derthick y Quirk, 1985), entre otras. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la mayor parte de sistemas jurídicos persigue que sea el interés público el que justifique toda regulación y no otro tipo de objetivos.

entidades públicas se hayan sentido afectadas en su autonomía y pretendan cuestionar los fundamentos de este procedimiento³⁶. Sin embargo, nuestra Constitución Política blindada la labor de la CEB a través del reconocimiento de determinados derechos fundamentales que son protegidos indirectamente por dicha Comisión y que sirven de fundamento para sus atribuciones, siendo estos: la libre iniciativa privada, la libertad de empresa y el derecho de petición.

I. Libre iniciativa privada y libertad de empresa

La libertad es poder decidir y actuar conforme al juicio propio y a lo que uno considera que generará su propio bienestar (Berlin, 1958), sin coacción o interferencia de alguna voluntad exterior (Hayek, 1960)³⁷. Nuestra Constitución Política reconoce este atributo como un principio del Estado de Derecho, al establecer que «nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe» (numeral 24 del artículo 2). Bajo este principio, la libertad es la regla y su restricción (ya sea por un privado o el propio Estado) es admitida de manera excepcional cuando ha sido pactada o prevista en ley.

Como derecho fundamental, la libertad no puede ser ajena a la vida económica de las personas. Por ello, nuestra Constitución establece como principio general del modelo económico peruano a la libre iniciativa privada (artículo 58), la cual es definida por el artículo 3 del Decreto Legislativo N.º 757³⁸ como el derecho de toda persona a desarrollar la actividad económica de su preferencia, ya sea a través de la producción o comercialización de bienes o la prestación de servicios, en concordancia y con las limitaciones —únicamente— del marco legal y constitucional vigente. Es decir, bajo este principio, toda restricción o prohibición estatal que no haya sido expresamente prevista (o autorizada) en las normas jurídicas mencionadas constituye una transgresión a la libre iniciativa privada³⁹.

En concordancia con el referido principio, el artículo 59 de la Constitución reconoce el deber del Estado de garantizar la libertad de empresa, la cual, según el Tribunal

³⁶ En 1997 y 2007 la Municipalidad de Lima emitió las Ordenanzas N.º 121 y N.º 1022, respectivamente, en las que demostró su abierta oposición al procedimiento de identificación y eliminación de barreras burocráticas a cargo del Indecopi, alegando la autonomía municipal como argumento.

³⁷ El elemento de «autodeterminación» está relacionado con lo que se conoce como libertad en sentido «positivo», mientras que el elemento de «ausencia de coacción» es fundamental para el concepto «negativo» de libertad (Berlin, 1959; Hayek, 1960).

³⁸ Ley Marco para el crecimiento de la Inversión Privada (13 de noviembre de 1991). Si bien fue publicada con anterioridad a la Constitución del año 1993, sus normas guardan concordancia con el texto constitucional.

³⁹ En virtud de la libre iniciativa privada, por ejemplo, si una persona desea prestar el servicio de «lavandería» y vender «café al paso» en un mismo local (debido a que sus clientes aprecian dicho producto) puede hacerlo legalmente. El Estado no puede más que reconocer esta idea y, en todo caso, aplicar las restricciones señaladas expresamente en una ley o, cuando esta última lo autorice, en una disposición administrativa. En el ejemplo, estas disposiciones probablemente estarán ligadas a temas de zonificación, seguridad e higiene.

Constitucional⁴⁰, está constituida por la capacidad de decidir libremente sobre: (i) la creación de la empresa y actuación en el mercado (libertad en la fundación y acceso al mercado)⁴¹; (ii) los propios objetivos, de dirigir y planificar su actividad (libertad de organización y dirección de la empresa), y (iii) la posibilidad de cese (salida del mercado). Este derecho es desarrollado también por el Decreto Legislativo N.º 757⁴², el cual precisa que su restricción solo se justifica ante la existencia de disposiciones legales sobre higiene y seguridad industrial, preservación del medio ambiente y la salud, quedando impedido el Estado de dictar disposiciones que intervengan en los procesos productivos o que fije modalidades de producción o cualquier otro factor que afecte el derecho de organización y de desarrollo respecto de una empresa⁴³.

Libertad de iniciativa privada y de empresa tienen diferente contenido pero coinciden en el objetivo. La primera garantiza que la idea de negocio, producto de la creatividad del empresario, no sea invadida por algún tipo de intervención estatal que le diga qué hacer o cómo hacer el emprendimiento. La segunda garantiza que la actividad económica, una vez escogida, se desarrolle y organice libremente sin intervención externa a la voluntad del empresario. En ambos casos se persigue extender el principio de libertad que tiene todo ciudadano a su ámbito económico.

2. Derecho de petición

La Constitución Política establece en su artículo 2 (numeral 20) que toda persona tiene derecho 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». El derecho de petición es desarrollado por la Ley N.º 27444⁴⁴, la cual reconoce que —en virtud a este derecho constitucional— las personas poseen las siguientes atribuciones: (i) presentar solicitudes en interés particular; (ii) realizar solicitudes en interés general de la colectividad; (iii) contradecir actos administrativos; (iv) pedir información; (v) formular consultas, y (vi) presentar solicitudes de gracia. Es decir, el derecho de petición incluye todas las materias por las

⁴⁰ Una de las sentencias con mayor desarrollo sobre este tema por parte del Tribunal Constitucional se puede observar en el caso *Loja Mori vs. Municipalidad Metropolitana de Lima* (Exp. N.º 3330-2004-AA/TC). Además, véanse sentencias de los Exps. N.º 03116-2009-PA/TC, N.º 01405-2010-PA/TC y N.º 02111-2011-AA/TC.

⁴¹ Sobre la vinculación entre el derecho fundamental de «acceso al mercado» y la labor de la CEB véase: «La libertad de acceso al mercado, su protección constitucional y el análisis de razonabilidad de las ordenanzas que la limiten» (Rizo Patrón, 2009).

⁴² Cf. artículo 9 del Decreto Legislativo N.º 757.

⁴³ En virtud de la libertad de empresa, por ejemplo, una persona es libre de escoger el tipo de local en el que quiera prestar sus servicios (tamaño, ubicación, decoración, acabados, etc.), el número de empleados, el tipo de publicidad a utilizar, entre otros aspectos. El Estado debe respetar estas decisiones, estando prohibido intervenir en alguno de sus procesos productivos o comerciales, salvo que una ley lo permita expresamente.

⁴⁴ Artículos 106 al 112 de la Ley N.º 27444.

que un ciudadano desearía recurrir ante una entidad de la Administración Pública para solicitar algún tema de su interés (particular o general)⁴⁵.

Del texto constitucional se puede apreciar que el contenido esencial del derecho de petición está formado por dos aspectos mínimos. El primero es la libertad de toda persona para acercarse y formular pedidos por escrito ante las autoridades competentes⁴⁶, mientras que el segundo aspecto consiste en la obligación de dichas autoridades en dar respuesta a estas solicitudes dentro del plazo legal y por escrito. Además de reconocer estos dos aspectos, el Tribunal Constitucional ha señalado en diversa jurisprudencia⁴⁷ que el derecho de petición involucra una serie de mandatos para las autoridades durante las distintas etapas en las que se atiende la petición, siendo una de las más importantes la de facilitar los medios para que el ciudadano pueda ejercitar el derecho de petición sin trabas absurdas o innecesarias⁴⁸.

El reconocimiento del derecho de petición no debe estar condicionado a la existencia de un pedido en curso. Es decir, la protección de este derecho a nivel constitucional abarca toda actuación, inclusive disposición normativa que pretenda restringirlo, aun de manera potencial. De hecho, la mayor parte de casos sometidos a consideración del Tribunal Constitucional sobre esta materia trata de situaciones en las que las autoridades condicionaron la tramitación de una solicitud a un cobro cuando ello no correspondía racionalmente⁴⁹, aun teniendo como sustento una disposición de la propia entidad. Estas medidas fueron calificadas como atentatorias del derecho de petición por restringir la posibilidad de que un ciudadano presente libremente su pedido ante la autoridad

⁴⁵ La Ley N.º 27444 adopta —afortunadamente— un criterio amplio sobre el derecho de petición ya que la regulación anterior establecida en el Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos (Decreto Supremo N.º 02-94-JUS) restringía este derecho únicamente a las solicitudes no contenidas en el TUPA de la entidad, es decir, básicamente a asuntos no regulados y peticiones graciables. Esta lectura restrictiva guardaba relación con el modelo tradicional influenciado por las peticiones dirigidas a los antiguos monarcas por parte de sus súbditos (Salazar, 1998).

⁴⁶ Por autoridad competente debe entenderse a quien la ley o la Constitución le asigna una función respecto de la materia a la que se vincula el pedido del ciudadano (por ejemplo, si se pretende solicitar una autorización de transporte de ámbito nacional, la autoridad competente es el Ministerio de Transportes y Comunicaciones).

⁴⁷ Cf. sentencias recaídas en los Exps. N.º 0941-2001-AA/TC, N.º 1042-2002-AA/TC, N.º 05265-2009-PA/TC, N.º 2979-2010-PA/TC, N.º 3410-2010-PA/TC, N.º 3850-2011-PA/TC y N.º 2926-2012-PA/TC.

⁴⁸ Existen otras obligaciones mencionadas por el Tribunal sobre el derecho de petición, como el «abstenerse de sancionar al peticionario por el solo hecho de ejercer el derecho», «admitir y tramitar el petitorio», entre otras.

⁴⁹ En el caso *Ruly Izquierdo vs. Municipalidad Provincial de Trujillo* (Exp. N.º 3410-2010-PA/TC) se cuestionó el derecho de trámite que exigía la municipalidad por prescripción de una deuda tributaria. Según la defensa de la entidad, el cobro estaba sustentado en su TUPA, aprobado por una norma administrativa. El mismo supuesto fue evaluado en los Exps. N.º 02979-2010-PA/TC y N.º 02496-2010-PA/TC.

competente, generando la inaplicación de tales normas al caso concreto⁵⁰ y, en un caso excepcional, con efectos generales⁵¹.

De lo mencionado se entiende que el derecho de petición es el soporte constitucional para toda legislación en materia de simplificación de procedimientos administrativos en los que las personas buscan viabilizar algún tipo de pedido ante sus respectivas autoridades, las cuales están prohibidas por mandato constitucional y legal de imponer trabas innecesarias y absurdas sobre este tipo de derecho.

3. Precisión sobre las atribuciones de la CEB y su fundamento constitucional

Lo señalado hasta esta parte no debe generar confusión en el sentido que la labor de la CEB implica ejercer poderes de control constitucional de los derechos mencionados, ya que esa función se encuentra reservada para los procesos judiciales y constitucionales. Como ya lo ha precisado el propio Tribunal Constitucional (Exp. N.º 0014-2009-AI/TC, fundamentos 5 y 17), la CEB efectúa un control de legalidad por mandato directo de una ley (no de la Constitución)⁵², que no debe ser confundido con la figura del control difuso⁵³. Ello quiere decir que la CEB defiende directamente los encargos que las leyes nacionales le han encomendado, lo cual —como toda ley de la república— debe tener un respaldo constitucional. No obstante ello, conocer de las libertades de iniciativa privada y de empresa, además del derecho de petición, permite entender que las leyes que asignan funciones a la CEB no solo nacen de la voluntad del legislador sino indirectamente del texto constitucional.

4. Convivencia entre la función administrativa y las libertades económicas

Una interrogante válida que surge de los párrafos precedentes es cómo es que la función administrativa puede establecer restricciones a las libertades económicas

⁵⁰ En la mayor parte de casos sobre esta materia no se ordena la derogación de las normas que sustentaron las actuaciones cuestionadas (por tratarse de procesos de amparo). Sin embargo, en la práctica dichas normas han sido inaplicadas (dejadas sin efecto al caso concreto) con lo que existe plena posibilidad de solicitar su derogación vía una acción popular o demanda de inconstitucionalidad.

⁵¹ Se trata del caso Salazar Yarleque vs. Municipalidad Distrital de Surquillo (Exp. N.º 03741-2004-AA-TC), en el que se cuestionó un derecho de trámite por recurso administrativo, lo cual también tenía sustento en el TUPA de la entidad. En este caso, el Tribunal dispuso como precedente obligatorio para toda autoridad administrativa (no solo para la demandada) que se anulen las normas que autoricen este tipo de cobro.

⁵² La invocación de libertades económicas constitucionales, como sustento de la labor de la CEB, ha sido reconocida por autores como Quiroga (1999) y Ochoa Cardich (2013). Sin embargo, contrariamente a lo señalado en el presente artículo, este último autor considera que la CEB realiza un control difuso de derechos fundamentales en sede administrativa. De hecho, desliza en sus conclusiones una interesante propuesta para que el Indecopi obtenga rango constitucional a futuro.

⁵³ El control difuso involucra que quien tiene sometida una controversia a su cargo (tradicionalmente, el juez), prefiera la norma constitucional frente a la norma de inferior rango (ya sea una ley nacional o de menor jerarquía) que la colisione o contradiga. La CEB no realiza este control ya que la controversia que tiene a su cargo es la de un «control de legalidad regulatorio» y no constitucional.

mencionadas si, por mandato constitucional, estas solo deben proceder cuando una ley con alcance nacional así lo establezca. Es decir, si nuestros representantes en el Congreso de la República (o por delegación, el Poder Ejecutivo) son los únicos autorizados a aprobar o imponer restricciones a nuestras libertades, ¿cómo es que una entidad de la Administración Pública o un servidor público puede aplicar o crear regulaciones de cómo debo llevar a cabo una actividad económica? La respuesta es simple: no es posible legalmente imponer estas restricciones en tanto que quien ejerce la función administrativa no tenga permiso expreso —proveniente de una ley o de la Constitución— para ello. Este razonamiento guarda relación con lo que se conoce como el «principio de legalidad» en materia administrativa, reconocido en el artículo IV de la Ley N.º 27444, según el cual las entidades ejercen sus funciones dentro de lo que la ley y la Constitución le asignen como atribuciones y de acuerdo a la finalidad que de estas últimas. Por tanto, mientras que las personas (agentes económicos y ciudadanos en general) pueden hacer lo que deseen y consideren necesario, salvo restricción expresa de una ley (principio de libertad), quien ejerce la función administrativa (usualmente entidades y servidores públicos) solo puede hacer aquello que ha sido señalado expresamente por una ley o mandato constitucional.

Así, cuando el Poder Ejecutivo, a través de un decreto supremo (disposición administrativa), establece una obligación que debe ser cumplida por las personas que desarrollan el servicio de venta de productos farmacéuticos, esta regulación administrativa respetará el principio de legalidad⁵⁴ en tanto la entidad pública tenga permiso expreso de una ley para poder ejercer función normativa o en tanto la propia ley de alcance nacional haya establecido directamente tal restricción. En ese sentido, el cumplimiento del principio de legalidad hace posible que la función administrativa y las libertades económicas mencionadas puedan ser compatibles.

5. Autonomía municipal y competencias de la CEB

La validez constitucional del poder de la CEB ha sido ratificada formalmente por el Tribunal Constitucional en 2010 mediante la sentencia recaída en el Expediente N.º 0014-2009-AI/TC⁵⁵. En dicha sentencia, el referido tribunal desestimó una demanda de inconstitucionalidad⁵⁶ en la que se alegó una presunta vulneración a la autonomía municipal reconocida en la Constitución, declarándola infundada⁵⁷.

⁵⁴ El análisis de legalidad que realiza el Indecopi en materia de barreras burocráticas involucra no solo la posibilidad de que la entidad posea permiso de ley para imponer restricciones, sino que evalúa otros aspectos adicionales de legalidad vinculados a las formalidades de aprobación y publicación, así como verificar si la regulación administrativa es compatible con alguna otra disposición legal.

⁵⁵ Sentencia publicada en el diario oficial *El Peruano*, 8 de septiembre de 2010.

⁵⁶ Presentada por el alcalde de la Municipalidad de Lima (Luis Castañeda Lossio) contra el artículo 3 de la Ley N.º 28996, que modifica el artículo 48 de la Ley N.º 27444.

⁵⁷ Para un mayor análisis sobre dicha sentencia véase: «La Constitucionalidad de la competencia del Indecopi para inaplicar barreras burocráticas» (Ochoa y Rizo-Patrón, 2010).

El Tribunal Constitucional sustentó su decisión no solo en las libertades económicas antes mencionadas sino que, además, enfatizó que la labor de la CEB tiene respaldo en el principio de unidad que rige nuestro sistema constitucional (artículo 43 de la Constitución), según el cual el Estado Peruano es uno e indivisible, no pudiendo estar fragmentado en pequeñas islas de gobierno. El sistema unitario, según el referido tribunal, debe trasladarse al ámbito económico a fin de que las personas que intercambian bienes y servicios se desenvuelvan en un mercado con reglas uniformes y sin trabas administrativas diferenciadas en el territorio.

Asimismo, el Tribunal Constitucional precisó —nuevamente⁵⁸— que el concepto de autonomía municipal reconocido en la Constitución⁵⁹ (interpretado erróneamente por algunas municipalidades como argumento para no aplicar las leyes sobre simplificación de trámites), no puede ser confundido con autarquía⁶⁰, de tal manera que pueda justificarse una desvinculación del ordenamiento local respecto de las políticas nacionales y leyes de la república. En esa misma línea, dicho tribunal se pronunció sobre las ordenanzas municipales (disposición normativa de mayor rango dentro de los gobiernos locales), precisando que estas no puede pretender en modo alguno desconocer o modificar las leyes de la república que regulan las materias sobre las cuales el gobierno nacional posee competencias. En ese sentido, el Tribunal Constitucional concluyó que la aplicación de leyes sobre eliminación de barreras burocráticas por parte de la CEB respecto de ordenanzas tiene legitimidad constitucional en tanto se trata de una materia de competencia excluyente del Poder Ejecutivo, al cual se encuentra adscrito el Indecopi⁶¹.

Es importante añadir que el artículo 199 de la Constitución permite expresamente que los gobiernos locales y regionales sean fiscalizados por los organismos que tengan tal atribución por mandato legal, como es el caso de la CEB, lo cual reafirma la legitimidad constitucional de sus funciones.

6. Relevancia de la «función administrativa» y «libertades económicas» en el concepto de «barrera burocrática»

Lo desarrollado hasta este punto permite comprender con mayor facilidad aquello que el legislador y la jurisprudencia del Indecopi ha denominado «barrera burocrática». Para

⁵⁸ Cf. sentencias recaídas en los Exp. N.º 0012-1996-I/TC, N.º 007-2001-AI/TC, N.º 0013-2003-AI/TC, N.º 0038-2004-AI/TC, N.º 0054-2004-PI/TC, N.º 0015-2005-PI/TC y N.º 00027-2007-PI/TC.

⁵⁹ Para una interesante síntesis sobre el desarrollo histórico y político de la autonomía municipal en nuestro marco constitucional y legal véase: «Autonomía municipal y acceso al mercado» (Sardón, 2014).

⁶⁰ Para un desarrollo sobre la problemática y límites de la autonomía municipal véase: ¿Uso o abuso de la autonomía municipal? El desafío del desarrollo local (Defensoría del Pueblo, 2008).

⁶¹ Además de los principios de organización del Estado (unidad y competencia excluyente), el Tribunal señaló que existe un principio por el cual las municipalidades solo pueden realizar aquello que la Constitución y las leyes les permiten, dentro de los límites impuestos por estas últimas (taxatividad), siendo que las funciones no previstas para el gobierno local le corresponden al gobierno central (cláusula de residualidad).

el común de los ciudadanos y empresarios es un término que evoca implícitamente algo peyorativo. No obstante, una barrera burocrática no es otra cosa que el ejercicio de la función administrativa a cargo del Estado a través de la imposición de reglas de juego que pretenden modificar o restringir la conducta de las personas cuando desean proveer de bienes y/o servicios en el mercado o cuando acuden a una entidad para realizar un trámite. Esta labor no puede ser considerada negativa o ilegítima en tanto son los ciudadanos, a través de las leyes y la Constitución, los que hemos encargado esta función a las entidades de la Administración Pública.

Exigir la eliminación de toda regulación administrativa implicaría pedir que las entidades públicas renuncien a una función para la cual han sido creadas. Sin embargo, debido a que esta función administrativa-regulatoria afecta necesariamente las libertades económicas y de petición, los ciudadanos y empresarios tienen el derecho de exigir al Estado que el nivel de afectación sea el «estrictamente necesario». Ello implica que las barreras burocráticas no pueden exceder: (i) el mandato y margen de acción que las leyes nacionales han conferido a las entidades administrativas (evaluación de legalidad), y (ii) la razón de ser o lógica del mandato (evaluación de razonabilidad). Asimismo, bajo la lógica de la función administrativa, se hace necesario que la legislación sobre eliminación de regulaciones excesivas sea supervisada por un organismo técnico con poderes suficientes para dicha tarea. De ahí el origen de la CEB y del concepto de «barrera burocrática», cuya evolución se desarrolla brevemente a continuación.

IV. CONCEPTO DE «BARRERA BUROCRÁTICA»

I. Evolución del concepto

El primer párrafo del artículo 26 BIS (redacción original de 1996) estableció cuál es la función de la CEB⁶² (ser la autoridad encargada de evaluar y eliminar barreras burocráticas) y, si bien no incluye una definición específica del término «barrera burocrática», sí proporciona los insumos necesarios para entenderlo:

⁶² Si bien este párrafo ha sido recientemente modificado por el Decreto Legislativo N.º 1212, los cambios efectuados no han sido sustanciales en cuanto a la naturaleza de una barrera burocrática. El primer cambio se refiere a la actualización del nombre de la Comisión, que ya se entendía de acuerdo a la Quinta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N.º 1033 («entiéndase que toda referencia a [...]»). En segundo lugar, se sustituyó el término «irracional» por «irrazonables» (véase nota 16). El tercer cambio ha consistido en suprimir la antigua ley de simplificación administrativa (Ley N.º 25035) del grupo de normas bajo supervisión de la CEB (véase nota 17). Finalmente, el cuarto cambio (quizá el más importante) se vincula a la forma de materialización de las barreras. A partir de esta modificación, las barreras no solo están contenidas en actos y disposiciones administrativas, sino en toda modalidad de actuación administrativa.

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.ºs. 283, 668, 757, el Artículo 61 del Decreto Legislativo N.º 776 y la Ley N.º 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. [sic]

El referido artículo proporcionó tres elementos para entender la naturaleza de una barrera burocrática (independientemente de si esta es ilegal o carente de razonabilidad). El primero se relaciona con el vehículo en el que se viabilizaba una barrera burocrática, es decir, mediante manifestaciones de alcance particular y general (actos y disposiciones)⁶³. El segundo elemento se vincula a la identificación del agente que emite o aplica una barrera, el cual incluye a toda entidad de la Administración Pública, entendiéndose esta última como cualquier persona, órgano u organización que ejerza una función administrativa. El tercer elemento se refiere al efecto que genera una barrera burocrática, el cual está vinculado siempre a una actuación administrativa que «imponga» (coacción u obligue) algún deber en el desarrollo de una actividad económica o en un trámite administrativo.

Los elementos antes mencionados permitieron construir el concepto de barrera burocrática a lo largo de los años, el cual fue delimitado por la CEB⁶⁴ y el Tribunal del Indecopi⁶⁵ a través de sus primeros pronunciamientos. Estos estaban vinculados en su mayor parte a exigencias y cobros que imponían las autoridades sobre las empresas para que estas pudieran obtener autorizaciones o siguieran prestando sus servicios⁶⁶. Uno de los pronunciamientos más importantes al respecto fue el emitido por el Tribunal del Indecopi mediante la Resolución N.º 182-97-TDC⁶⁷, en el que además de establecer

⁶³ Respecto del alcance de la modificación del artículo 26 BIS, en cuanto a las formas de materialización de una barrera, véase más adelante V, «Actuaciones fuera del alcance de la CEB».

⁶⁴ Cf. Res. N.º 02-96-CAM-Indecopi/EXP-042/CSA (31 de octubre de 1996), N.º 02-96-CAM-Indecopi/EXP-012 (5 de noviembre de 1996), N.º 02-96-CAM-Indecopi/EXP-024 (7 de noviembre de 1996) y N.º 03-96-CAM-Indecopi/EXP-034 (5 de diciembre de 1996).

⁶⁵ Cf. Res. N.º 147-97-TDC (11 de junio de 1997) y N.º 171-97-TDC (2 de julio de 1997).

⁶⁶ Algunos ejemplos de los casos evaluados por la CEB desde sus primeros años se vinculan a la exigencia de una «Autorización para la Realización de Eventos Sociales» (Res. N.º 02-96-CAM-Indecopi/EXP-042/CSA), de pagar «trimestralmente por una Licencia de Funcionamiento» (Res. N.º 02-97-CAM-Indecopi/EXP-030), «tasas por la Autorización de Ejecución de Obras en la Vía Pública» (Res. N.º 02-1998-CAM-Indecopi/EXP-000025) y la exigencia de «un carné sanitario para quienes brinden servicios atendiendo al público y/o manipulando alimentos» (Res. N.º 02-1999-CAM-Indecopi/EXP-000053).

⁶⁷ Publicada el 20 de agosto de 1997, respecto del caso Inversiones La Merced S.A. vs. Municipalidad Provincial de Trujillo, en el que se cuestionó la exigencia de que las empresas de taxi uniformicen el color de sus vehículos al

la metodología para la evaluación de legalidad y razonabilidad, también desarrolló el concepto de «barrera burocrática», entendiéndola como toda medida que establece exigencias que limitan la libertad de los agentes económicos en el mercado. Con igual relevancia en materia de tributos municipales, se emitieron las Resoluciones N.º 188-97-TDC⁶⁸ y N.º 213-97-TDC⁶⁹, que establecieron la metodología que la Comisión debía emplear en esta materia, entendiendo que las cargas tributarias (cobros) sobre los agentes económicos también se encuentran dentro del concepto de «barrera burocrática», en aplicación del artículo 26 BIS y el artículo 61 de la Ley de Tributación Municipal.

La naturaleza impositiva de las barreras burocráticas no se agota en medidas de tipo exigencias y cobros, sino que también incluye las prohibiciones impuestas sobre los agentes económicos. Estas medidas suponen una orden de «no hacer algo» por parte del empresario cuando realiza sus actividades económicas, a diferencia de las exigencias y cobros, que representan obligaciones de «hacer algo» y de «pagar», respectivamente. Este tipo de medidas también fue parte de los primeros pronunciamientos emitidos por la Comisión⁷⁰.

Con posterioridad, la Comisión desarrolló una definición de «barrera burocrática», determinando su naturaleza y contenido del siguiente modo⁷¹:

[...] cuando los artículos 26 BIS del Decreto Ley N° 25868 y 48 de la Ley N° 27444 aluden al concepto de “barrera burocrática”, se refieren a la exigencia por parte de las entidades de la Administración Pública de requisitos, obligaciones y cobros, o al establecimiento de impedimentos o limitaciones en la actuación de los agentes económicos. En efecto, constituyen barreras burocráticas los actos o disposiciones de la Administración Pública que están destinados a regular las condiciones de producción, comercialización o

prestar el servicio de transporte. Es el precedente de observancia obligatoria que la Comisión usa hasta el día de hoy para el análisis de las barreras burocráticas.

⁶⁸ Publicada el 17 de octubre de 1997. Actualmente este precedente se encuentra desactualizado por las modificaciones legales en materia de tributos de tipo licencias. Sin embargo, debe reconocérsele como el primer precedente de observancia obligatoria sobre tasas municipales.

⁶⁹ Publicada el 17 de octubre de 1997. Dicho precedente fue modificado parcialmente en 2005 mediante Res. N.º 1257-2005/TDC-Indecopi, debido a las modificaciones legales sobre la materia. Hasta el día de hoy es utilizado por la CEB para evaluar los requisitos de aprobación de tasas municipales.

⁷⁰ Esto se puede apreciar en el caso Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas vs. Asamblea Nacional de Rectores, en la que esta última estableció una prohibición para que ciertas universidades pudieran abrir sedes de postgrado (Res. N.º 04-1997-CAM-Indecopi/EXP-000043), así como en Electro Sur Este vs. Municipalidad Distrital de Wanchaq, en el que se cuestionó la prohibición de que las empresas de electricidad instalen redes eléctricas aéreas (Res. N.º 02-1999-CAM-Indecopi/EXP-000035).

⁷¹ Esta definición fue adoptada de manera uniforme por la Comisión, aproximadamente, entre 2002 y 2007. Cf. informes aprobados mediante Res. N.º. 02-CAM-Indecopi/EXP-000067-2001, N.º 03-CAM-Indecopi/EXP-000031-2002, N.º 02-CAM-Indecopi/EXP-000011-2003, N.º 0007-2004/CAM-Indecopi, N.º 0038-2005/CAM-Indecopi y N.º 0017-2006/CAM-Indecopi.

distribución de bienes o la prestación de servicios de un determinado mercado o actividad económica. [sic]

El concepto desarrollado por la Comisión fue reconocido posteriormente por el legislador a través del artículo 2 de la Ley N.º 28996 (publicada el 4 de abril de 2007), en el que por primera vez se establece una definición legal del término «barrera burocrática»:

Artículo 2.— Definición de barreras burocráticas

Constituyen barreras burocráticas los actos y disposiciones de las entidades de la Administración Pública que establecen exigencias, requisitos, prohibiciones y/o cobros para la realización de actividades económicas, que afectan los principios y normas de simplificación administrativa contenidos en la Ley N.º 27444 y que limitan la competitividad empresarial en el mercado. [sic]

Dicho artículo no derogó tácita o expresamente lo dispuesto en el artículo 26 BIS, por lo que la definición de «barrera burocrática» fue interpretada en concordancia con los elementos contenidos en este último dispositivo, el cual incluye aspectos de acceso y permanencia en el mercado, así como de tributación municipal y/o restricciones a la libre iniciativa privada, entre otros.

El proceso de formación del concepto de «barrera burocrática» ha sido consistente a lo largo de los casi veinte años de iniciadas las labores de la CEB. Sin embargo, es importante tomar en cuenta que el D.L. N.º 1212, al modificar el artículo 26 BIS, modifica uno de los elementos del concepto de «barrera burocrática», como es la forma de materialización, que hasta la fecha había sido limitada a actos y disposiciones administrativas, siendo hoy en día ampliada a toda modalidad de actuación administrativa como consecuencia de esta modificación.

2. Elementos para identificar una barrera burocrática

Para que un acto y/o disposición (o cualquier modalidad de actuación) de la Administración Pública pueda ser evaluada por la CEB se requiere que en su contenido exista una barrera burocrática, independientemente de si esta es ilegal y/o carente de razonabilidad. Es decir, para que pueda lograrse la eliminación de una barrera burocrática existen dos etapas previas a ser evaluadas. En primer lugar, la CEB debe cerciorarse de que el caso que se pretende evaluar se encuentra dentro de sus competencias (si es o no una barrera burocrática) y, en segundo lugar, debe verificar si la actuación merece ser eliminada (por ser ilegal o carente de razonabilidad). El presente acápite trata sobre el primer aspecto.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 26 BIS y el artículo 2 de la Ley N.º 28996, se entiende que los elementos esenciales que configuran la existencia de una barrera burocrática son los siguientes⁷²:

- (i) *Que se trate de una exigencia, requisito, prohibición y/o cobro (contenido coercitivo).*
- (ii) *Que se plasme en un acto⁷³, disposición o cualquier otra modalidad de actuación proveniente de una entidad de la Administración Pública⁷⁴ (origen y materialización).*
- (iii) *Que regule el desarrollo de una actividad económica⁷⁵ y/o que afecte la tramitación de procedimientos administrativos (efecto).*

Los tres elementos mencionados deben ser concurrentes y no alternativos a efectos de poder concluir que se trata de un caso de barreras burocráticas. En efecto, si se tomasen en cuenta únicamente los dos primeros elementos (el contenido coercitivo y el origen), el ámbito de supervisión de la CEB sería interpretado de manera muy amplia en tanto que existen actos y disposiciones de la Administración Pública que establecen restricciones sin que exista una afectación a las actividades económicas de las personas o las normas de simplificación de trámites (por ejemplo, imponer límites de velocidad u obligar a colocar una bandera en fiestas patrias bajo pena de multa)⁷⁶, en cuyo caso no se trata de un caso de barrera burocrática a cargo del Indecopi⁷⁷.

Del mismo modo, pueden presentarse casos de disposiciones administrativas que tengan un impacto significativo en el acceso o permanencia de un agente económico en el mercado (origen y efecto) sin que se configure necesariamente un caso de competencia de la CEB. Así, por ejemplo, una municipalidad podría publicar una lista anual de las empresas que han cometido infracciones por razones de seguridad en defensa civil, la cual sería aprobada por ordenanza y difundida a través del diario oficial. Este tipo de medida puede tener un impacto importante en la permanencia de las empresas

⁷² La lista planteada es similar a la mencionada por Patroni (2011: 12-13); sin embargo, esta última considera dos elementos adicionales: la afectación a «los principios y normas de simplificación administrativa» y la limitación a «la competitividad empresarial».

⁷³ Si bien el Tribunal del Indecopi incluye las actuaciones materiales dentro del concepto de «acto de la Administración Pública», igualmente requiere de la presentación de algún tipo de medio probatorio.

⁷⁴ A esta forma de poder, el Tribunal del Indecopi la denomina «*lus Imperium*» del Estado. Este tipo de prerrogativa descarta la posibilidad de conocer casos en los que el Estado actúe como entidad contratante.

⁷⁵ Los aspectos de «obstáculo en el acceso y/o permanencia en el mercado» y de «limitación a la competitividad empresarial» deben entenderse como incluidos en este último elemento y no como una condición ajena a él.

⁷⁶ Los límites de velocidad son restricciones establecidas para todo conductor mediante normas administrativas. Asimismo, la obligación de instalar una bandera durante el periodo de fiestas patrias es establecida mediante disposiciones administrativas. Sin embargo, tales casos no califican como barreras burocráticas en tanto no concurren los tres elementos mencionados, sino solo dos de ellos.

⁷⁷ El hecho de que este tipo de regulación administrativa no se encuentre dentro del concepto de «barrera burocrática» no implica que las personas afectadas se encuentren impedidas de cuestionar su legalidad y/o razonabilidad a través de vías tradicionales, como la demanda de acción popular en el caso de reglamentos o normas infrallegales.

incluidas en la mencionada lista, en tanto su reputación se vería afectada⁷⁸, lo cual a su vez podría generar la disminución de clientes. No obstante, no representa un supuesto de barrera burocrática por tener ausente el contenido coercitivo⁷⁹ sobre la voluntad del empresario o ciudadano a través de alguna exigencia, requisito, prohibición y/o cobro.

La concurrencia de estos tres elementos es importante y su falta de comprensión ha generado que diversas denuncias presentadas ante la CEB hayan sido declaradas inadmisibles o improcedentes (rechazadas sin que haya existido un análisis sobre el fondo). En efecto, existe la equivocada premisa de que para interponer una denuncia por barreras burocráticas ante el Indecopi basta con identificar la actuación administrativa (por ejemplo, una resolución que deniega una licencia o una ordenanza que aprueba normas de zonificación) y alegar una afectación a las actividades económicas de una empresa, pretendiendo que la CEB realice el mismo análisis que se realiza en los procesos judiciales de revisión de actos y disposiciones administrativas. Aunque es precisamente la labor de identificación de la barrera burocrática la que hace distinta la función encargada a la CEB frente a las vías tradicionales de revisión. Bajo el análisis de la CEB, la actuación administrativa es un elemento más dentro del concepto de «barrera burocrática», cuya importancia consiste en ser el vehículo que materializa la propia barrera, sin que ello exima a quien denuncia de identificar además cuál es el requisito, prohibición y/o cobro contenido en la actuación. En simples palabras, para interponer correctamente una denuncia ante la CEB es necesario entender que el concepto de «barrera burocrática» no debe agotar su atención en el recipiente sino además en el contenido.

Lo señalado no debe sugerir que la identificación del medio de materialización es irrelevante ya que, como elemento esencial, es requerido para acreditar la existencia de un supuesto de barrera burocrática a efectos de que la CEB admita a trámite una denuncia. Si bien con la reciente modificación del artículo 26 BIS se han extendido las posibilidades para materializar una barrera burocrática (cualquier otra modalidad de actuación), ello en modo alguno exime a quien denuncia de presentar el material probatorio que acredite la existencia de una actuación de la Administración Pública en cuyo contenido existe una barrera burocrática⁸⁰.

⁷⁸ A esta técnica se la conoce como «nombrar y avergonzar» (*namings & shaming*) o «lista negra». Fue aplicada exitosamente por el gobierno estadounidense mediante la difusión de una lista con el nivel de emisión contaminante de las empresas (Thaler y Sunstein, 2008). De manera similar, el gobierno británico logró mejoras en los servicios de salud y educación con la implementación de rankings (Bevan y Wilson, 2013).

⁷⁹ Un caso similar fue analizado en Avisos Luminosos vs. Municipalidad Distrital de San Borja (Res. N.º 0218-2005/CAM-Indecopi), en el que se cuestionó que la entidad remitiera información sobre la inexistencia de una autorización para instalar anuncios por parte de la denunciante a determinadas empresas con las que sostenía relaciones comerciales. Pese a tratarse de actos oficiales de la municipalidad y que la denunciante consideraba que afectaban su permanencia en el mercado, la Comisión declaró improcedente la denuncia.

⁸⁰ Por ejemplo, la CEB tramita frecuentemente denuncias contra regulaciones emitidas por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, las cuales contienen exigencias y requisitos para la prestación del servicio de transportes. Tales barreras son fácilmente acreditadas —en cuanto a su forma de materialización— debido a que son aprobadas mediante un decreto supremo (reglamento administrativo) que es de conocimiento público a partir de su publicación, con lo

El origen de la actuación (segundo elemento) también resulta relevante para determinar la intervención de la CEB. En efecto, el uso común del término «trámite» se vincula a toda gestión administrativa que se realice para lograr la aprobación de una solicitud. Bajo esa lógica, las solicitudes que se presentan ante las entidades del sistema financiero (bancos, cajas municipales, entre otras) para la obtención de créditos o solución de reclamos podrían ser consideradas por algunas personas como un supuesto de barrera burocrática por la imposición de requisitos difíciles de cumplir o de plazos excesivos. Sin embargo, la solución de este tipo de situaciones no le corresponde a la CEB en tanto no se trata de actuaciones en ejercicio de poderes públicos, es decir, no es ejercida por una entidad de la Administración Pública. Se trata de actuaciones de agentes privados en el ejercicio de su libertad empresarial frente a sus clientes, lo cual en todo caso se encuentra sometido al cumplimiento sobre regulaciones del mercado financiero y de protección al consumidor.

3. Evaluación de legalidad y razonabilidad de una barrera burocrática

Las barreras burocráticas son una manifestación del poder que tiene el Estado para regular las condiciones sobre las que se desenvuelven los agentes económicos en el mercado a fin de que la iniciativa de negocio sea compatible con el interés público. Por tanto, no todas las barreras burocráticas deben ser eliminadas sino únicamente las que son ilegales y/o carentes de razonabilidad. El artículo 26 BIS establece que los parámetros de legalidad y razonabilidad son los que permiten a la CEB emitir mandatos de eliminación; sin embargo, no identifica los elementos de juicio para calificar una actuación administrativa como «ilegal» o «carente de razonabilidad». Esto fue desarrollado por el Tribunal del Indecopi a través de la Resolución N.º 182-97-TDC y por la jurisprudencia de la CEB a lo largo de los años.

La ilegalidad de una barrera burocrática puede identificarse por razones de fondo o de forma. El examen de legalidad de fondo requiere evaluar si la entidad ha sido autorizada por ley para imponer la barrera denunciada, es decir, si cuenta con las atribuciones legales suficientes para emitir y/o implementar la regulación cuestionada (ilegalidad de fondo por competencias). La ilegalidad de fondo también se produce cuando, pese a existir atribuciones legales, la barrera contraviene una prohibición legal específica (ilegalidad por infracción directa). El examen de legalidad de forma requiere verificar si la entidad ha cumplido con aprobar la regulación mediante los procedimientos que establece la ley para ello (véase Tabla n.º 1)⁸¹.

cual basta que la empresa denunciante haga referencia a los dispositivos normativos específicos. Si tales exigencias no estuviesen contenidas en una norma sino que han sido aplicadas de manera directa en casos particulares o a través de medios de difusión extranormativos, es deber de quien denuncia tal actuación presentar el medio probatorio que acredite su imposición. La no acreditación de la barrera burocrática denunciada ha originado el rechazo de denuncias, tal como se ha resuelto a través de las Res. N.º 0005-2013/CEB-Indecopi y N.º 0168-2013/CEB-Indecopi.

⁸¹ El mandato de eliminación no requiere la concurrencia de los dos tipos de ilegalidades, siendo suficiente la identificación de una de ellas.

Por ejemplo, constituyen barreras burocráticas por razones de fondo (por falta de competencias) aquellas regulaciones municipales que prohíben la instalación de la infraestructura necesaria para la prestación del servicio público de telefonía móvil (estaciones radioeléctricas y/o antenas) bajo el argumento de un posible daño ambiental⁸². En primer lugar, de acuerdo a la legislación nacional, la facultad de regular y supervisar el servicio de telecomunicaciones (que incluye el funcionamiento de la infraestructura necesaria para dicho servicio), así como el cumplimiento de estándares ambientales en este mercado, se encuentra a cargo del Poder Ejecutivo y no de los gobiernos locales, los cuales únicamente pueden regular y supervisar las normas sobre ubicación (no de funcionamiento) de infraestructuras, a través de la normativa local sobre zonificación y ornato. De hecho, la propia Ley Orgánica de Municipalidades (ley que define qué puede hacer un gobierno local)⁸³ establece expresamente que toda función y atribución municipal debe ejercerse de conformidad con las políticas y leyes nacionales sobre la materia. En segundo lugar, las municipalidades carecen de atribución para regular aspectos ambientales en cuanto a la emisión de ondas radioeléctricas, respecto de lo cual ya existe una regulación nacional.

Un ejemplo de barrera burocrática ilegal por razones de fondo (por infracción directa) es el caso de una regulación del Poder Ejecutivo que obliga a quienes ingresan y salen de los puertos nacionales a realizar un pago por obtener la respectiva autorización, cuyo monto es determinado en función del «peso» de la embarcación⁸⁴. Si bien el Poder Ejecutivo —a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y la Autoridad Portuaria Nacional— puede regular y supervisar el trámite de este tipo de autorizaciones (no existe un problema de ausencia de competencias), el referido cobro constituye una infracción directa a la legislación sobre simplificación administrativa⁸⁵. Una de las reglas más importantes en esta materia es aquella que prohíbe exigir el pago por derechos de trámite que no hayan sido fijados en función de lo que realmente le cuesta a la entidad la gestión del procedimiento, es decir, las entidades no pueden lucrarse cuando gestionan un

⁸² Uno de los primeros pronunciamientos emitidos por la CEB al respecto fue el relacionado al caso Adepsep (hoy «Afin») vs. Municipalidad Distrital de José Luis Bustamante y Rivero (cf. Resolución N.º 019-2007/CAM-Indecopi). En dicho caso, la Comisión declaró ilegal la prohibición de instalar antenas de telefonía celular, emitida por la municipalidad mediante Ordenanza N.º 0106-MDJLBYR (2006), debido a que dicha regulación fue sustentada en aspectos medioambientales. Este pronunciamiento fue confirmado por el Tribunal del Indecopi mediante Res. N.º 1493-2007-TDC-Indecopi. Recientemente, la CEB también ha emitido pronunciamientos similares, tales como la Res. N.º 135-2015/CEB-Indecopi (caso BT Latam Perú vs. Municipalidad distrital de Miraflores).

⁸³ Ley N.º 27972.

⁸⁴ La CEB ha declarado ilegal un cobro similar en diversas oportunidades (cf. Res. N.º 0124-2010/CEB, N.º 0146-2010/CEB-Indecopi y N.º 0222-2010/CEB-Indecopi), lo cual ha sido confirmado por el Tribunal del Indecopi (cf. Res. N.º 0119-2010/SC1-Indecopi, N.º 2761-2010/SC1-Indecopi, N.º 238-2011/SC1-Indecopi y N.º 0805-2011/SC1-Indecopi). Se trata del cobro fijado en el TUPA de la Autoridad Portuaria, que es aprobado por el mencionado ministerio, cuyo cálculo varía en función del «arqueo bruto» de la nave, término vinculado al volumen de la embarcación.

⁸⁵ Esta regla se encuentra fijada principalmente en los artículos 44 y 45 de la Ley N.º 27444. Actualmente, de acuerdo a la modificación del artículo 26 BIS (por la Ley N.º 30320), la CEB puede sancionar directamente a las entidades que impongan este tipo de cobro.

trámite en favor de un ciudadano, sino que se les permite únicamente recuperar el costo asumido. En el caso de la autorización para el zarpe y arribo de embarcaciones, se trata de un procedimiento en línea en el que se transmite información, por lo que el «peso» de la nave resulta irrelevante para hacer más o menos costosa la evaluación de la solicitud.

En la imposición de tributos municipales se pueden identificar ejemplos de barreras burocráticas ilegales por razones de forma. Existen dos reglas básicas para la aprobación y aplicación de normas tributarias. Una es que el tributo sea aprobado únicamente mediante la norma que refleje la representatividad de quienes van a ser sujetos al cobro⁸⁶ y la otra que la norma debe ser publicitada para que quien sea sometido a un cobro lo sepa de antemano. Según nuestra legislación, los tributos municipales deben ser aprobados mediante ordenanza (norma de mayor jerarquía a nivel local) y ratificados por el concejo provincial respectivo. A su vez estas normas deben de ser publicadas en los diarios oficiales respectivos. Por tanto, los cobros tributarios aprobados mediante la decisión exclusiva del alcalde (mediante Decreto de Alcaldía, por ejemplo) y sin que hayan sido debidamente publicados constituye un supuesto de barrera burocrática ilegal.

De otro lado, la evaluación de razonabilidad requiere contar de una etapa probatoria previa a cargo de quien alega la falta de justificación de la medida. Según la Resolución N.º 182-97-TDC, esta etapa consiste en aportar argumentos que hagan notar que la barrera: (i) genera tratamientos discriminatorios; (ii) que carece de fundamentos (arbitraria), o (iii) que resulta excesiva en relación a sus fines (desproporcionada). Si la CEB considera que se han aportado indicios suficientes que «rompen» la presunción de razonabilidad de la regulación cuestionada, verifica los siguientes aspectos que deben ser demostrados por la entidad (véase Tabla n.º 2)⁸⁷:

- Interés público: consiste en verificar cuál es la finalidad pública que se pretende al imponer esta carga sobre el empresario y/o ciudadano (justificación) y si es razonablemente adecuada para alcanzar el objetivo (idoneidad).
- Proporcionalidad: consiste en demostrar que la entidad evaluó el impacto de la regulación (previamente a su implementación), de tal manera que haya tomado en cuenta los costos económicos y sociales que puede generarse sobre las empresas y los consumidores, frente a los beneficios esperados.

⁸⁶ Esta formalidad es esencial para cumplir con el «principio de reserva de ley», reconocido en nuestra Constitución Política (artículo 74). Dicha regla tiene sus orígenes en el principio de que «no debe existir tributación sin representación» (*no taxation without representation*), el cual fue utilizado en el siglo XVIII para cuestionar la imposición de nuevos tributos (como el «impuesto al sello») por parte de la Corona británica sobre las trece colonias norteamericanas, las cuales no poseían representación (y por tanto no podían expresar su consentimiento a nuevas cargas tributarias o regulaciones) en el Parlamento inglés. Al respecto, véanse Ross (2004) y Durivage y Priest (2015) para un mayor desarrollo.

⁸⁷ Cabe indicar que el mandato de eliminación no requiere la concurrencia de los tres niveles de análisis, siendo suficiente identificar la falta de razonabilidad en alguno de ellos.

- **Afectación menor:** consiste en demostrar que la entidad se planteó un grupo de alternativas para lograr su objetivo y que escogió la medida menos costosa e intrusiva para el empresario y/o ciudadano.

Por ejemplo, el Ministerio de Transportes exige una serie de requisitos a las empresas que deseen prestar el servicio de transporte terrestre de pasajeros a nivel nacional. Uno de estos requisitos consiste en la acreditación de un patrimonio mínimo de 1 000 UIT (que equivale aproximadamente a S/. 3,8 millones o US\$ 1,17 millones), sin lo cual no se puede obtener la respectiva autorización para iniciar el negocio de transporte. Al entender del Ministerio, la problemática de seguridad vial y alto índice de accidentes en carretera hace necesario establecer reglas rígidas que atraigan a las empresas que tengan mayor solvencia económica para asumir sus obligaciones. La pregunta a formularse respecto de esto es la siguiente: ¿es razonable la regulación implementada?

Bajo el primer nivel de análisis (finalidad pública), la entidad debe identificar cuál es la finalidad que persigue su regulación. Es decir, el ministerio debe señalar cuál fue la problemática que merecía la implementación de las 1 000 UIT como requisito para autorizar a las empresas en el mercado de transportes. Dentro del mismo nivel de análisis, la entidad debe explicar de qué manera las 1 000 UIT pueden solucionar el problema (idoneidad). Si bien el ministerio podría alegar que su objetivo fue salvaguardar la seguridad de los pasajeros, la pregunta que surge es: ¿cómo la implementación de 1 000 UIT puede garantizar que las empresas sigan estándares de seguridad?, ¿las empresas más solventes o con mayor patrimonio necesariamente son aquellas que cumplen las reglas de tránsito? Bajo el segundo nivel de análisis (proporcionalidad), el ministerio debe demostrar que midió el impacto de la regulación, es decir, que tuvo en cuenta no solo los beneficios que pretendía obtener (como la disminución del número de accidentes en carretera o el aumento del nivel de cumplimiento de estándares de seguridad), sino además los costos que asumirían las personas obligadas a contar con 1 000 UIT de patrimonio, así como otros actores afectados (costos de oportunidad, menor cantidad de empresas en el mercado de transporte, menor cobertura de rutas en lugares alejados del país, elevación de precios producto de la escasez de oferta, entre otros). Finalmente, el ministerio debe acreditar que evaluó distintas alternativas para alcanzar el objetivo (inhabilitación de las empresas que causan accidentes frecuentemente, mayor supervisión en las carreteras y capacitación sobre reglas de tránsito, entre otras), de tal manera que la propuesta elegida fue la menos costosa para la empresa sujeta a la regulación.

Es importante tener en cuenta que la exigencia de un examen de razonabilidad en las regulaciones no es exclusiva del ordenamiento jurídico peruano, pues ha sido desarrollada por los tribunales de distintos países —incluso desde el siglo XIX⁸⁸— en el momento

⁸⁸ El Código Prusiano de 1794 estableció que «la policía toma las medidas necesarias para mantener la paz pública, seguridad y orden». Con base en este dispositivo, las Cortes alemanas fueron las pioneras en aplicar el «principio de proporcionalidad» (*proportionality principle* o *Verhältnismäßigkeit*) para limitar el margen discrecional del poder de la

de revisar judicialmente las decisiones administrativas que establecen restricciones a la libertad de las personas⁸⁹. Bajo el nombre de «principio de proporcionalidad» se estableció la necesidad de que las cargas que impone la Administración Pública a los ciudadanos sean justificadas por razones de idoneidad, necesidad y proporcionalidad (en sentido estricto)⁹⁰. Sobre la base de este principio y debido a los sobrecostos que involucra una regulación sobre las actividades económicas, desde la década de 1980 ha aumentado progresivamente el hecho de que los gobiernos exijan a sus distintas oficinas públicas la aplicación de mecanismos de análisis previo de las regulaciones que impactan significativamente en las actividades económicas⁹¹ (denominado «Análisis de Impacto Regulatorio», AIR). En aplicación del AIR (o RIA en inglés)⁹² deben ser implementadas únicamente aquellas regulaciones cuyos beneficios superan a sus costos y que sean consideradas como la alternativa menos intrusiva y costosa para el sujeto regulado.

V. ACTUACIONES FUERA DEL ALCANCE DE LA CEB

Tan importante como conocer el poder de la CEB es saber de sus límites. La CEB no es distinta al resto de entidades de la Administración Pública, por lo que sus atribuciones se encuentran sometidas al Principio de Legalidad⁹³. Si bien el legislador ha sido muy amplio en el texto que otorga facultades a la CEB, las distintas conformaciones de

policía sobre las libertades personales y económicas, de manera que sean aplicadas aquellas medidas estrictamente necesarias para alcanzar los objetivos públicos. Una de las primeras decisiones de la Corte Suprema Prusiana (caso Kreuzberg, 1882) se vinculó a una regulación sobre alturas máximas en la ciudad de Berlín, la cual fue dejada sin efecto debido a que no estaba fundamentada en un interés público de seguridad. Para un mayor desarrollo véanse: «American balancing and German proportionality: The historical origins» (Cohen-Eliya y Porat, 2010), «Proportionality in Perspective» (Poole, 2010) y «Proportionality in constitutional law: why everywhere but here?» (Schlink, 2012).

⁸⁹ La jurisprudencia británica desarrolló el «principio de *Wednesbury*» (*Wednesbury unreasonableness*), a raíz de un caso en el que se cuestionó la prohibición de que personas menores de 15 años puedan acudir a los cines (véase *Associated Provincial Picture Houses Ltd. vs. Wednesbury Corp.*, 1948). En Estados Unidos se ha desarrollado la doctrina del balance (*balancing doctrine*), según la cual la evaluación de las intervenciones sobre la libertad de las personas requiere efectuar un análisis de los intereses en conflicto, tomando en cuenta el interés público que sustenta la medida. Se entiende que una de las primeras decisiones de la Corte Suprema en la que se aplicó la doctrina del balance es el caso *Lochner vs. New York* en 1905 (Cohen-Eliya y Porat, 2010), vinculada a una disposición estatal que limitaba el horario de trabajo en las panaderías a 10 horas diarias y 60 horas por semana. La referida Corte Suprema sostuvo que la libertad contractual debía ser respetada de manera absoluta pudiendo ser restringida únicamente por razones de «poder de policía estatal».

⁹⁰ Sobre un análisis detallado de cada una de las tres etapas del modelo alemán de proporcionalidad véase: *El examen de proporcionalidad en el Derecho Constitucional* (Clérigo, 2009).

⁹¹ El gobierno estadounidense fue uno de los primeros en impulsar el análisis previo de las regulaciones con impacto significativo en las actividades económicas, enfocado principalmente en los costos y beneficios de la medida (CBA), sobre la base de la Orden Ejecutiva N.º 12291 en la administración Reagan (1981). Este tipo de evaluación ha sido replicada en otros países como Reino Unido, Australia y todos aquellos que conforman la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, cuyas guías metodológicas constituyen un referente de calidad regulatoria a nivel mundial (OECD, 2009). Tanto la Comisión Europea como el Gobierno británico también poseen importantes guías (o *toolkits*) para la aplicación de un AIR o RIA.

⁹² Acrónimo de «Regulatory Impact Assessment» o «Regulatory Impact Analysis».

⁹³ Reconocido en nuestra legislación por el artículo IV de la Ley N.º 27444.

esta Comisión han tenido cuidado de no invadir funciones ajenas. Así, a través de sus resoluciones, la CEB ha establecido qué materias no pueden ser sometidas a su evaluación⁹⁴, criterios que han sido ratificados en su mayoría por el Tribunal del Indecopi. Las materias improcedentes pueden dividirse en tres grupos: casos en los que se desnaturaliza el concepto de «barrera burocrática», medidas que no cumplen con alguno de los elementos esenciales del concepto de «barrera burocrática» y medidas que han sido excluidas del campo de supervisión de la CEB expresamente por alguna ley.

I. Casos que desnaturalizan el concepto de «barrera burocrática»

Las sanciones que imponen las entidades públicas sobre las empresas (multas, cierre de local, entre otras), son aplicadas mediante actos administrativos y pueden afectar la permanencia de un agente económico en el mercado. Sin embargo, la CEB⁹⁵ y el Tribunal del Indecopi⁹⁶ coinciden en la distinta naturaleza que existe entre las sanciones y las barreras burocráticas. En el caso de las barreras, se trata de las regulaciones para desarrollar un negocio, mientras que en el caso de las sanciones se trata de una consecuencia de haber incumplido con la regulación tipificada como infracción⁹⁷. Es importante notar que las sanciones pueden servir como prueba de la aplicación de una barrera. Sin embargo, la CEB no es competente para absolver reclamaciones sobre la cuantía de una multa (si es o no muy elevada)⁹⁸, si el proceso de fiscalización fue irregular y/o si el derecho al debido proceso del sancionado fue afectado. La CEB únicamente puede evaluar la legalidad y/o razonabilidad de la obligación que fue presuntamente incumplida.

Un razonamiento similar se aplica a la declaración de nulidad de un acto administrativo cuando es cuestionada como barrera burocrática. La nulidad en el procedimiento administrativo es un mecanismo de revisión, regulado en la Ley N.º 27444, que consiste en dejar sin efecto una decisión por haber sido emitida en contravención a la ley u otro dispositivo legal. Si bien las empresas pueden beneficiarse de una nulidad (cuando se anula una multa, por ejemplo), también pueden sentirse perjudicadas (cuando se les anula una autorización). La nulidad tiene una lógica similar a la de una sanción, ya que

⁹⁴ Avendaño y Zumaeta (2011: 223-224), así como Patroni (2011: 13-20) también proporcionan un importante recuento de los supuestos que no forman parte de la labor de la CEB.

⁹⁵ Cf. Res. N.º 0045-2010/CEB-Indecopi, N.º 0092-2011/CEB-Indecopi, N.º 0155-2012/CEB-Indecopi, N.º 0066-2013/CEB-Indecopi, N.º 0553-2014/CEB-Indecopi y N.º 0175-2015/CEB-Indecopi.

⁹⁶ Cf. Res. N.º 0827-2005/TDC-Indecopi, N.º 1823-2006/TDC-Indecopi y N.º 1712-2010/SCI-Indecopi.

⁹⁷ Una empresa puede ser sancionada con 3 UIT debido a que no cumplió con una restricción de horario de funcionamiento dispuesta por ordenanza municipal. Si bien podría alegarse que el monto es excesivo, el análisis que le corresponde a la CEB se limita a determinar si la restricción horaria fue legal y razonable, independientemente de los defectos del régimen sancionador y su aplicación.

⁹⁸ El artículo 231 de la Ley N.º 27444 hace referencia a que la cuantía de multas (originadas por la instalación de infraestructura de servicios públicos sin autorización) puede derivar en un caso de barreras burocráticas. Sin embargo, la Comisión y el Tribunal del Indecopi han señalado que este dispositivo no cambia el concepto de «barrera burocrática», sino que menciona las multas como parámetro de prueba para iniciar un caso ante la CEB (cf. Res. N.º 0035-2009/CEB-Indecopi y N.º 0952-2009/SCI-Indecopi).

es declarada cuando se verifica una infracción a la ley. Por ello, la CEB y el Tribunal del Indecopi han coincidido en que la nulidad no constituye en sí misma un supuesto de barrera burocrática⁹⁹. Sin embargo, al igual que las sanciones, la nulidad puede servir como medio de materialización para acreditar que se impone una regulación ilegal y/o carente de razonabilidad en tanto es viabilizada mediante un acto administrativo¹⁰⁰. En dicho caso, lo que evalúa la CEB no es la decisión de nulidad por parte de la autoridad administrativa, sino únicamente aquella regulación (presuntamente incumplida) que sirvió de fundamento para dicha decisión.

Tampoco son consideradas como barreras burocráticas aquellos casos en los que se cuestiona una indebida calificación o determinación de obligaciones sobre un caso en particular. Esto sucede cuando existe una controversia cuya evaluación le ha sido asignada expresamente a una autoridad administrativa (por ejemplo, determinar la conveniencia de un registro sanitario en función de las cualidades técnicas de un producto, la calificación del cumplimiento o no de condiciones de seguridad de un local determinado, entre otros)¹⁰¹ y se pretende que la CEB revise tal decisión. Esta evaluación técnica le corresponde únicamente a la autoridad a la cual se le asignó la función de aplicar la regulación, lo cual no puede ser invadido por la CEB a través del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas. Siguiendo este mismo razonamiento, cuando la autoridad tributaria establece que ciertos sujetos deben pagar determinada cantidad de dinero, no le corresponde a la CEB cuestionar si el criterio para ubicar a los sujetos en el supuesto de hecho de la norma fue correcto o incorrecto¹⁰², como tampoco si el cálculo realizado por la administración tributaria fue el adecuado.

Otro tipo de medida administrativa que no representa una barrera burocrática son las condiciones para contratar con el Estado. La CEB ha considerado que cuando el Estado establece condiciones y reglas para que un privado le provea un bien o servicio no actúa dentro de su poder de autoridad reguladora¹⁰³ sino como un contratante más dentro del mercado¹⁰⁴. Este criterio también ha sido ratificado por el Tribunal del Indecopi

⁹⁹ Cf. Res. N.º 0189-2009/CEB-Indecopi, N.º 0077-2011/CEB-Indecopi, N.º 0042-2012/CEB-Indecopi, N.º 0227-2013/CEB-Indecopi y N.º 0013-2014/CEB-Indecopi.

¹⁰⁰ Por ejemplo, una empresa podría ver anulada su licencia de funcionamiento debido a que fue otorgada incumpliendo las normas sobre zonificación. Si bien la decisión de nulidad no puede ser cuestionada ante la CEB, la empresa sí puede cuestionar la zonificación por considerarla arbitraria o desproporcionada.

¹⁰¹ Por ejemplo, en *Lab Nutrition Corp. S.A.C. vs. Ministerio de Salud* (Exp. 000099-2013/CEB), la denunciante cuestionó una incorrecta calificación por parte de la entidad respecto al producto por el que solicitó un registro, ya que fue calificado como «producto farmacéutico» y no como «suplemento alimenticio». La CEB y el Tribunal del Indecopi coincidieron en que esta materia no era de su competencia (cf. Res. N.º 0354-2013/CEB-Indecopi y N.º 0790-2014/SDC-Indecopi).

¹⁰² Cf. Res. N.º 0023-2010/CEB-Indecopi.

¹⁰³ Una crítica a este criterio puede verse en «Nuevos desafíos para la Comisión de eliminación de barreras burocráticas del Indecopi: los monopolios legales sustentados en contratos de concesión» (Gómez, 2009).

¹⁰⁴ Cf. Res. N.º 01-2000-CAM-Indecopi/EXP-000030, N.º 39-2003/CAM, N.º 0147-2005/CAM-Indecopi, N.º 0192-2005/CAM-Indecopi, N.º 195-2009/CEB-Indecopi y N.º 0166-2012/CEB-Indecopi.

en diversas resoluciones¹⁰⁵. Si bien actualmente la CEB puede evaluar todo tipo de actuación, ello está condicionado a que esta guarde relación con la naturaleza de una barrera burocrática, es decir, que se trate de una exigencia, requisito y/o prohibición originado en una actuación de autoridad pública y no de un agente dentro del mercado. Por tanto, las limitaciones que impone el Estado como parte contratante no pueden suponer un nuevo supuesto de barrera burocrática bajo la interpretación de «otra modalidad de actuación administrativa».

La CEB tampoco considera bajo su supervisión las inacciones, omisiones y/o demoras de las entidades de la Administración Pública¹⁰⁶ ya que: (i) las barreras burocráticas solo se pueden expresar con actuaciones, es decir, siempre en sentido de activo y no pasivo; (ii) solo es posible ordenar la eliminación de algo que existe y no de una inacción, y (iii) un razonamiento contrario implica convertir a la CEB en una autoridad de control funcional de las entidades públicas, lo cual está reservado a determinadas autoridades administrativas y judiciales¹⁰⁷. Este criterio es adoptado por el Tribunal del Indecopi en la mayoría¹⁰⁸ de sus resoluciones¹⁰⁹.

La CEB consideró durante mucho tiempo fuera de su alcance aquellos casos en los que la exigencia cuestionada había sido superada por el propio agente económico. Un ejemplo de ello es el caso de los tributos municipales que han sido pagados por el denunciante antes de recurrir ante la CEB y que, en consecuencia, ya no representan una barrera de acceso o permanencia en el mercado¹¹⁰. El razonamiento de esta interpretación consistía en que la necesidad de que intervenga la CEB en favor de un agente económico o ciudadano se sustenta en el hecho de que exista una limitación actual que obstaculice el desarrollo de un negocio (como un documento a presentar o un pago a realizar para obtener un permiso) o la realización de un trámite. Por tanto, cuando dicha medida o carga desaparecía —ya sea por cumplimiento de propio administrado o eliminación voluntaria de la entidad— la intervención de la CEB no tenía sentido alguno, teniendo un efecto meramente declarativo¹¹¹.

¹⁰⁵ Cf. Res. N.º 0131-2006/TDC-Indecopi, N.º 1698-2008/TDC-Indecopi, N.º 1554-2013/SDC-Indecopi y N.º 1546-2013/SDC-Indecopi.

¹⁰⁶ Cf. Res. N.º 0226-2006/CAM, N.º 0078-2009/CEB, N.º 0183-2010/CEB-Indecopi, N.º 0359-2012/CEB-Indecopi, N.º 0027-2013/CEB-Indecopi y N.º 0385-2014/CEB-Indecopi.

¹⁰⁷ El control funcional de los servidores públicos se encuentra a cargo de los órganos de control institucional de las entidades y de la Contraloría General de la República. Asimismo, el mecanismo constitucional para exigir que una autoridad cumpla con los mandatos legales expresos es la demanda de cumplimiento, a cargo del Poder Judicial y, en última instancia, del Tribunal Constitucional.

¹⁰⁸ Mediante Resoluciones N.º 0837-2011/SCI-Indecopi y N.º 1211-2011/SCI-Indecopi el Tribunal del Indecopi se apartó del razonamiento consistente en que las omisiones no son barreras burocráticas. Sin embargo, desde 2013 nuevamente ha venido adoptando el criterio seguido por la CEB.

¹⁰⁹ Cf. Res. N.º 0143-2009/SCI-Indecopi, N.º 0146-2009/SCI-Indecopi, N.º 1909-2013/SDC-Indecopi, N.º 1393-2013/SDC-Indecopi y N.º 132-2014/SDC-Indecopi.

¹¹⁰ Cf. Res. N.º 0211-2008/CEB-Indecopi, N.º 0043-2009/CEB-Indecopi y N.º 0055-2012/CEB-Indecopi.

¹¹¹ En este escenario la CEB sería utilizada como una suerte de asesor legal, cuyo pronunciamiento serviría para recurrir a una instancia competente para devolver el tributo identificado como ilegal.

Pese a este criterio resolutivo, a través de la reciente modificación del artículo 26 BIS por parte del Decreto Legislativo N.º 1212, se ha establecido expresamente la posibilidad de que la CEB pueda seguir tramitando denuncias pese a que la barrera haya sido superada por el propio denunciante, ya sea porque efectúa el pago por derecho de trámite ante la entidad (para que esta no bloquee la obtención de alguna autorización) o cumpla con el requisito cuestionado. Por tanto, a partir de la vigencia del mencionado decreto legislativo, la CEB debe seguir tramitando aquellas denuncias en las que se hayan, inclusive, superado las barreras burocráticas vinculadas a requisitos y derechos de trámite en procedimientos administrativos.

2. Medidas que no incluyen alguno de los elementos esenciales

Existen exigencias, prohibiciones y/o cobros que no tienen su origen en una disposición administrativa sino en una ley en sentido formal. Estas barreras legales se encuentran fuera del ámbito de competencia de la CEB¹¹² en tanto que no nacen de un acto o disposición de la Administración Pública sino de la función legislativa¹¹³; criterio que es compartido también por la segunda instancia del Indecopi¹¹⁴.

Tampoco constituyen barreras burocráticas aquellas actuaciones que no tienen un impacto coercitivo sobre los agentes económicos o ciudadanos, como son los actos de administración interna de las entidades (informes, memorándums entre oficinas o funcionarios de la misma entidad). En efecto, existen declaraciones emitidas por las entidades de la Administración Pública que no tienen un efecto directo sobre la esfera de derechos y obligaciones de las personas sujetas a una regulación, sino que forman parte de los procedimientos internos de las entidades (interorgánicos). Ejemplo de ello son los informes técnicos que se emiten entre departamentos u oficinas de una municipalidad en los que se evalúa la emisión de una nueva ordenanza u otro instrumento normativo. Si bien este tipo de documento puede sugerir la imposición de nuevas obligaciones, su efecto es meramente informativo si: (i) no contiene una decisión con poder coercitivo sobre un grupo indeterminado o determinado de personas, y (ii) no ha sido difundido con carácter oficial (ya sea mediante una publicación, notificación o aplicación concreta).

Hasta antes de la publicación del Decreto Legislativo N.º 1212, el cuestionamiento de actuaciones materiales de las entidades (hechos administrativos) como barreras burocráticas generó cierta controversia entre los pronunciamientos de la CEB y el Tribunal del Indecopi. La primera instancia consideraba que aquellas barreras que no constaban en disposiciones administrativas debían ser acreditadas a través de actos administrativos, es decir, mediante un documento emitido por la entidad con efectos

¹¹² Cf. Res. N.º 0359-2014/CEB-Indecopi y N.º 0332-2014/CEB-Indecopi.

¹¹³ La autoridad competente para evaluar regulaciones establecidas en leyes es el Tribunal Constitucional a través de una demanda de inconstitucionalidad.

¹¹⁴ Cf. Res. N.º 1459-2012/SCI-Indecopi.

jurídicos sobre una solicitud del administrado en el curso de un procedimiento formal¹¹⁵. Por su parte, el Tribunal del Indecopi señaló en los últimos años que el término «acto» del artículo 26 BIS incluía tanto actos administrativos como actuaciones materiales (como son inspecciones verificadas a través de actas en las que se requería alguna exigencia)¹¹⁶ y que, por lo tanto, bastaba con que el denunciante presentara algún tipo de constancia de la imposición de la barrera aplicada por parte de la entidad denunciada¹¹⁷. Con relación a esto, debe notarse que la redacción original del artículo 26 BIS y la vigente del artículo 2 de la Ley N.º 28996 hacía referencia a «actos» y no a «hechos» (o actuaciones materiales). Además, la definición legal del «acto administrativo», establecida en la Ley N.º 27444, excluye expresamente las actuaciones materiales.

Actualmente, la referida discusión ha sido superada mediante la modificación del artículo 26 BIS por parte del Decreto Legislativo N.º 1212, que incluye toda «modalidad de actuación» dentro del concepto de «barrera burocrática». El término «actuación» incorporado en el artículo 26 BIS pretende abarcar un mayor ámbito de formas jurídicas de la Administración Pública en la que se pueda imponer una barrera burocrática. De hecho, la exposición de motivos del Decreto Legislativo N.º 1212 (que no posee efecto vinculante pero sí constituye un referente de interpretación)¹¹⁸ reconoce que la redacción original del artículo 26 BIS únicamente permitía al Indecopi evaluar barreras contenidas en actos y disposiciones administrativas, quedando excluidas las demás formas jurídicas (como los hechos administrativos).

El carácter amplio del nuevo artículo 26 BIS —en lo que a formas de materialización se refiere— plantea nuevos retos para la CEB y para el Tribunal del Indecopi. En primer lugar, el ámbito de supervisión de la CEB abarcará una cantidad mayor de situaciones en las que se impongan barreras burocráticas. De ese modo, la labor de la CEB no se limitará a la evaluación de actuaciones formales (actos administrativos y reglamentos), sino de toda manifestación con efecto coercitivo sobre las actividades económicas o la realización de un trámite. Esto, a su vez, origina un segundo —y quizá más importante— reto para el Indecopi, como es la necesidad de implementar parámetros probatorios para quien alega la existencia de una barrera burocrática, de tal manera que el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas no se convierta en un espacio de cuestionamiento sobre la veracidad y/o autenticidad de documentos, a través de peritajes que solo harían más costoso y largo el proceso para las partes.

¹¹⁵ En el caso Lima Guns S.A. vs. SUCAMEC, la CEB declaró improcedente un extremo de la denuncia en el que cuestionó una exigencia que fue acreditada solo a través de un «acta de verificación» y no un acto administrativo (Res. N.º 0254-2014/CEB-Indecopi).

¹¹⁶ Cf. Res. N.º 1546-2013/SDC-Indecopi y N.º 2280-2013/SDC-Indecopi.

¹¹⁷ Cf. Res. N.º 0038-2015/SDC-Indecopi.

¹¹⁸ Disponible en: [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc03_2011.nsf/ba75101a33765c2c05257e5400552213/fd9c178883acd0c905257ecc0002893c/\\$FILE/DL121220150925.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc03_2011.nsf/ba75101a33765c2c05257e5400552213/fd9c178883acd0c905257ecc0002893c/$FILE/DL121220150925.pdf) (accedido: 16-11-2015).

En efecto, existen situaciones en las cuales las personas que acuden a una entidad pública para solicitar una autorización o un certificado se ven sometidas a la arbitrariedad de un servidor público que les exige la presentación de requisitos ilegales en la «mesa de parte» o, simplemente, es rechazada la solicitud en ese mismo momento. En estos casos, la exigencia o restricción no se evidencia mediante un documento formal o norma emitida por la entidad, sino mediante el contacto verbal entre servidor y administrado. Asimismo, las entidades difunden la imposición de requisitos a través de paneles, folletos, murales, página web de la entidad u otro medio de difusión¹¹⁹ cuyo efecto jurídico resulta distinto al de un acto o disposición administrativa y que, sin embargo, su efecto en la práctica puede ser similar para quien tramita un procedimiento.

Si bien actualmente es posible que la CEB evalúe este tipo de supuestos, surgen importantes interrogantes sobre la rigurosidad probatoria a cargo del denunciante, es decir: ¿De qué manera puede acreditarse la exigencia verbal? ¿Bastaría una grabación de audio y/o video, fotografías? ¿Podría emplearse el testimonio de testigos? ¿Un folleto informativo o contenido del portal institucional (página web) puede considerarse como una actuación administrativa? En el caso de los audios y videos mediante los que se pretenden acreditar un hecho existe la posibilidad de que la CEB se vea obligada a someter a evaluación pericial dicho material cada vez que la parte denunciada cuestione su veracidad¹²⁰, lo cual haría más costoso y largo el procedimiento. Del mismo modo, la presentación de un folleto con requisitos ilegales podría ser cuestionada por la entidad en cuanto a su veracidad u origen en aquellos casos en los que no exista alguna rúbrica o sello que evidencie una conexión con la entidad o alguno de sus funcionarios.

En ese sentido, cuando se trata de actuaciones materiales, deben establecerse precedentes resolutivos que fijen reglas procesales que permitan únicamente la admisión de documentos o material cuyo contenido cuente con presunción legal de veracidad y con una certificación o conformidad de la entidad denunciada; o, en su defecto, que acredite hechos validados por notarios públicos¹²¹ o funcionarios en ejercicio de su función (tales como actas notariales o constancias policiales sobre la exigencia verbal de la barrera), de tal manera que su validez no sea cuestionada o evaluada por la CEB, cuya competencia técnica no está destinada para dicha función.

¹¹⁹ En la exposición de motivos del Decreto Legislativo N.º 1212 se hace expresa mención a este tipo de supuestos (cf. Propuesta I, pp. 24-25).

¹²⁰ Inclusive, de acuerdo al artículo 60 del Decreto Legislativo N.º 807, la CEB podría ordenar la suspensión del procedimiento seguido ante ella hasta que el aspecto contencioso (la autenticidad de la prueba) sea dilucidada.

¹²¹ De acuerdo a los artículos 24, 26 y 98 del Decreto Legislativo N.º 1049, Ley del Notariado, el notario puede emitir certificaciones que se refieren a actos, hechos o circunstancias que presencie o le conste por razón de su función (llamados instrumentos «extraprotocolares»), los cuales producen «fe pública» por su sola emisión.

3. Medidas excluidas expresamente por ley

Existen medidas administrativas en las que concurren los elementos de una barrera burocrática y que, sin embargo, no pueden ser evaluadas por la CEB por haber sido excluidas de su competencia expresamente por ley. Una de estas medidas son las fitosanitarias, las cuales son necesarias para la prevención, control y/o erradicación de plagas y enfermedades y que, por su carácter técnico, no son consideradas como barreras burocráticas, en aplicación del Decreto Legislativo N.º 1059.

Otra de las medidas excluidas del poder de la CEB son las barreras comerciales no arancelarias. Estas son semejantes a las barreras burocráticas que evalúa la CEB; sin embargo, la diferencia radica en que las primeras tienen por objeto regular la exportación e importación de productos¹²², mientras que las segundas regulan la elaboración, comercialización, distribución de los productos y servicios dentro del territorio nacional. La supervisión de estas barreras está asignada actualmente a la Comisión de Dumping y Subsidios del Indecopi, conforme a la Ley N.º 30224 y al Decreto Legislativo N.º 1212, que modifican el Decreto Legislativo N.º 1033¹²³.

VI. CLASIFICACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS

Es posible proponer múltiples clasificaciones sobre las barreras burocráticas. Una primera posibilidad es separarlas según el momento de afectación, es decir, entre barreras de acceso¹²⁴ y barreras de permanencia¹²⁵ en el mercado, sobre la base del artículo 26 BIS. Otra posibilidad es clasificarlas según el impacto sobre la conducta del individuo afectado, es decir, en función de si la barrera motiva un «hacer» (exigencia y/o requisito), un «no hacer» (prohibición) o un «pago» (cobro). El alcance de las barreras burocráticas también puede determinar una clasificación según tengan un impacto particular (mediante actos) o general (mediante disposiciones)¹²⁶. Sin embargo, clasificar a las barreras burocráticas por materias parece una tarea compleja debido a que estas abarcan todo tipo de actividad económica y/o sector productivo que esté sujeto a una regulación administrativa.

¹²² Cf. Res. N.º 20-2014/CNB-Indecopi y el artículo 7 del Decreto Legislativo N.º 1212.

¹²³ Esta asignación de funciones es reciente, ya que desde la creación del Indecopi esta función estuvo a cargo de la Comisión de Normalización y de Fiscalización de Barreras Comerciales No Arancelarias del Indecopi.

¹²⁴ Un ejemplo de barrera burocrática de acceso es todo requisito que debe cumplirse para lograr obtener una licencia de funcionamiento, ya que es parte del proceso de acceder al mercado formal.

¹²⁵ Un ejemplo de barrera burocrática de permanencia es la necesidad de cumplir con una nueva regulación sobre horarios de funcionamiento, cuyo incumplimiento puede acarrear el cierre del local u otra sanción.

¹²⁶ Esta clasificación se relaciona con el criterio que emplea el Tribunal del Indecopi para identificar el tipo de pretensión que tiene un denunciante en los procedimientos de barreras burocráticas. Según este criterio, los cuestionamientos pueden ser formulados «en concreto» (cuando se pretende inaplicar un acto) o «en abstracto» (cuando se pretende cuestionar una disposición).

En ese sentido, podría resultar útil sustituir la clasificación mencionada por un rubro de materias «recurrentes» en las que se enumeren barreras burocráticas que han sido evaluadas por la CEB con mayor frecuencia, como aquellas vinculadas a licencias de funcionamiento, tributos municipales, trabas en las telecomunicaciones y el servicio de transportes, instalación de anuncios publicitarios, revocación de actos administrativos, entre otras¹²⁷. Sin embargo, este tipo de listado pretende ejemplificar más que clasificar, ya que depende del desarrollo jurisprudencial de la CEB y no necesariamente del fundamento legal de sus competencias.

La existencia de una clasificación por materias tiene importancia práctica ya que permite al usuario del procedimiento tener una idea más clara de qué legislación debe utilizar para que la CEB declare la ilegalidad de una barrera burocrática. Esta clasificación, a su vez, debe ser simple y no muy extensa ya que, de lo contrario, podría resultar equivalente a un listado de materias frecuentes, complejizando el aprendizaje del concepto de «barrera burocrática». En ese sentido, conforme a la legislación que desarrolla las funciones de la CEB, en especial el artículo 26 BIS, las barreras burocráticas pueden clasificarse en tres grupos: las que establecen condiciones a las actividades económicas, las que afectan normas de simplificación administrativa y las que son aplicadas vía tributación municipal.

I. Barreras burocráticas a las actividades económicas

Estas barreras se vinculan a todo acto y/o disposición destinada a regular el intercambio de bienes y servicios entre proveedores y consumidores. Se trata del formato tradicional de barrera burocrática y se sustenta principalmente en lo establecido en las primeras líneas del artículo 26 BIS (barreras de acceso y permanencia en el mercado), así como en la definición del artículo 2 de la Ley N.º 28996 (barreras que afectan el desarrollo de las actividades económicas y que limitan la competitividad empresarial) y en las funciones descritas en el artículo 23 del Decreto Legislativo N.º 1033¹²⁸ (barreras que afectan a las empresas).

Un ejemplo de este tipo de barreras son las regulaciones municipales sobre horarios para el funcionamiento de discotecas y bares. La justificación de esta restricción suele ser la necesidad de garantizar la tranquilidad y seguridad pública, ya que existen locales que no respetan el límite de niveles de ruido en horario nocturno y, además, generan conductas antisociales por el exceso en el consumo de alcohol. Si bien estas regulaciones gozan de legitimidad entre los vecinos del distrito, también generan un impacto significativo en los negocios cuyo flujo de clientes es afectado.

¹²⁷ Avendaño y Zumaeta (2011: 220-223), así como Patroni (2011: 19-29) incluyen un recuento importante de las materias que frecuentemente han sido evaluadas por la CEB, según su jurisprudencia.

¹²⁸ Actual Ley de Organización y Funciones del Indecopi (publicada el 25 de junio de 2008).

La CEB¹²⁹ y el Tribunal del Indecopi¹³⁰ han considerado que pueden existir problemas de legalidad y razonabilidad al imponer restricciones horarias al funcionamiento de establecimientos¹³¹. Son ilegales cuando desconocen los derechos que fueron reconocidos a las empresas —vía una autorización— de manera previa a la vigencia de la regulación, sin seguir las formalidades que exige la Ley N.º 27444¹³². Asimismo, son carentes de razonabilidad cuando: (i) se justifican en finalidades que no logran solucionar el problema o que han sido invalidadas por el Tribunal Constitucional (como alegar aspectos de seguridad); (ii) no se demuestra el haber evaluado el impacto de la medida en los agentes económicos (bajo un análisis de costos y beneficios), y (iii) se impone de manera generalizada en un distrito cuando existen opciones menos invasivas y costosas para lograr la misma finalidad.

2. Barreras burocráticas a la simplificación administrativa

Estas barreras se vinculan a toda actuación administrativa cuyo propósito es regular las condiciones de un trámite, ya sea imponiendo plazos, silencios administrativos, requisitos documentarios, certificaciones, entre otras, lo cual tiene un impacto en el derecho de petición administrativa. La competencia de la CEB para supervisar este tipo de barreras se desprende del artículo 26 BIS¹³³, en concordancia con la definición del artículo 2 de la Ley N.º 28996 (barreras que afectan los principios y normas de simplificación administrativa contenidos en la Ley N.º 27444) y la Ley N.º 28335¹³⁴, así como en las funciones señaladas en el artículo 23 del Decreto Legislativo N.º 1033 (barreras que afectan a los ciudadanos y velar por el cumplimiento de las normas y principios que garantizan la simplificación administrativa). El afectado por estas barreras y legitimado para recurrir ante la CEB es toda persona que pretenda seguir un trámite ante las entidades de la Administración Pública, independientemente de si existe la intención de realizar una actividad económica.

¹²⁹ Cf. Res. N.º 0145-2011/CEB-Indecopi, N.º 0190-2011/CEB-Indecopi, N.º 0032-2012/CEB-Indecopi, N.º 0149-2013/CEB-Indecopi y N.º 0613-2014/CEB-Indecopi.

¹³⁰ Cf. Res. N.º 0119-2009/SCI-Indecopi, N.º 0502-2010/SCI-Indecopi, N.º 0819-2011/SCI-Indecopi, N.º 3540-2012/SDC-Indecopi, N.º 001-2013/SDC-Indecopi y N.º 401-2013/SDC-Indecopi.

¹³¹ Los criterios que toman las dos instancias del Indecopi sobre la razonabilidad de las restricciones horarias de funcionamiento se sustentan principalmente en las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en los Exp. N.º 00007-2006-AI (Caso «Calle de las Pizzas») y N.º 00016-2009-AI.

¹³² Con relación al desconocimiento de derechos adquiridos vía actos administrativos, véase el precedente de observancia obligatoria emitido mediante Res. N.º 1535-2010/SCI-Indecopi.

¹³³ Véase nota 17.

¹³⁴ Tercera disposición complementaria, transitoria y final de la Ley que crea el Índice de Barreras Burocráticas de acceso al mercado impuestas a nivel local (publicada el 16 de agosto de 2004).

TERCERA.— Competencia de la Comisión de Acceso al Mercado del Indecopi

La Comisión de Acceso al Mercado del Indecopi es competente para conocer de los actos y disposiciones de las entidades de la Administración Pública a que se refiere el artículo I del Título Preliminar de la Ley N.º 27444, que impongan barreras burocráticas que impidan u obstaculicen ilegal o irracionalmente el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado o que contravengan las disposiciones generales contenidas en el Capítulo I del Título II de la Ley N.º 27444; de conformidad con lo establecido en el artículo 26 BIS del Decreto Ley N.º 25868 y en normas afines.

Un caso recurrente en los últimos años ha sido el de la exigencia de requisitos por parte de universidades públicas para la tramitación del grado de bachiller y títulos profesionales de sus egresados. En estos casos, la documentación y/o información requerida obraba en poder de la propia entidad y/o era de su conocimiento, ya que se pedían certificados de «no adeudo a la biblioteca», «constancias de ingreso y de egreso», entre otros. Estos requisitos no solo son absurdos e innecesarios, sino que están prohibidos expresamente por el artículo 40 de la Ley N.º 27444. Debido a ello, la CEB¹³⁵ y el Tribunal del Indecopi¹³⁶ se han pronunciado sobre su ilegalidad, ordenando su eliminación e, inclusive, han ordenado sanciones por su aplicación.

3. Barreras burocráticas aplicadas vía tributación municipal

La potestad tributaria del Estado tiene reconocimiento constitucional ya que es una de las fuentes principales de ingreso para sostener el aparato estatal y financiar ciertos servicios públicos y trámites administrativos en favor de la sociedad. Sin embargo, un ejercicio abusivo de esta potestad puede ser más pernicioso que cualquier tipo de expropiación o carga regulatoria.

La atribución que tiene la CEB para conocer sobre barreras en tributos municipales se sustenta en el artículo 26 BIS, el cual le asigna la supervisión de lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley de Tributación Municipal¹³⁷, que establece que las municipalidades se encuentran impedidas de imponer tasas y contribuciones que afecten el acceso al mercado, así como el libre tránsito de personas, bienes y mercaderías dentro del territorio nacional. El artículo 26 BIS también establece expresamente la posibilidad de que la CEB imponga sanciones por esta materia (literal b).

Si bien la CEB no es una instancia de revisión tributaria, el legislador le ha asignado un papel especial en materia de eliminación de sobrecostos originados por tributos municipales ya que, como ha señalado el Tribunal del Indecopi¹³⁸, cuando las autoridades establecen cargas tributarias sobre los particulares que realizan actividades económicas, elevan los costos de producir bienes y servicios en el mercado y encarecen la adquisición de tales productos por parte de los consumidores, por lo que deben ser justificados adecuadamente.

Un caso emblemático sobre esta materia ha sido la exigencia de arbitrios municipales sobre las personas que desean desarrollar un negocio. Este tipo de tributo se paga por la prestación de un servicio público de beneficio local, usualmente de seguridad ciudadana,

¹³⁵ Cf. Res. N.º 0185-2012/CEB-Indecopi, N.º 0253-2012/CEB-Indecopi y N.º 0093-2014/CEB-Indecopi.

¹³⁶ Cf. Res. N.º 0681-2013/SDC-Indecopi y N.º 0440-2014/SDC-Indecopi.

¹³⁷ Aprobada por Decreto Legislativo N.º 776 (publicado el 31 de diciembre de 1993).

¹³⁸ Cf. Res. N.º 213-97-TDC.

mantenimiento de parques y jardines, así como de limpieza pública. Según nuestra legislación tributaria, el pago por este tipo de tributo debe ser fijado en función del costo que asume la entidad en financiar el servicio, como cualquier otra tasa¹³⁹. No obstante esta regla, las municipalidades solían fijar los arbitrios en función de criterios que no se vinculaban con el costo del servicio, tales como el valor del inmueble del contribuyente (para el pago del servicio de limpieza pública), el tipo de local (para el pago del servicio por mantenimiento de parques), un porcentaje de la UIT o en función de la capacidad de pago (llamado también criterio de solidaridad). Tales criterios convertían este tributo en un impuesto encubierto (Ochoa y Rizo-Patrón, 2008), desnaturalizando así el concepto de «tasa» establecido en el Código Tributario y la Ley de Tributación Municipal.

La CEB ha tenido un rol protagónico en materia de arbitrios¹⁴⁰ a través de sus pronunciamientos en favor de las empresas afectadas por esta carga tributaria, fijando criterios importantes vinculados a tres aspectos¹⁴¹: (i) los requisitos de las normas aprobatorias del arbitrio; (ii) los criterios de distribución del monto que debía pagar cada contribuyente, y (iii) los requisitos para aplicar el criterio de solidaridad.

En el primer caso, la CEB desarrolló un test de legalidad sobre la base de las reglas de la Ley de Tributación Municipal y la Ley Orgánica de Municipalidades, las cuales exigen ciertas formalidades para aprobación, ratificación y publicación de normas creadoras del arbitrio, además de una lista de elementos mínimos en el contenido de la norma¹⁴². En cuanto al segundo aspecto, se analizó la razonabilidad de los criterios utilizados para distribuir el costo del servicio entre los contribuyentes. Ello implicaba verificar si los criterios utilizados tenían una conexión lógica con el beneficio (real o potencial) obtenido por el obligado al pago¹⁴³. En tercer lugar, se creó un test que permitió limitar el criterio (o principio) de solidaridad, cuya mala utilización promovía que quienes tuvieran un buen historial de pago y capacidad económica (usualmente las empresas), asuman una mayor carga tributaria. Así, sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional,

¹³⁹ En nuestro sistema legal existen dos clases de tributos: los que originan una contraprestación directa por parte del Estado (las tasas y contribuciones) y los que no la originan (los impuestos). Los arbitrios están incluidos en el primer grupo y son definidos por el Código Tributario y la Ley de Tributación Municipal.

¹⁴⁰ La CEB evalúa barreras burocráticas en arbitrios a partir del pronunciamiento emitido por el Tribunal del Indecopi mediante Resolución N.º 0085-2000/TDC-Indecopi del 1 de marzo del 2000, en el que se precisa la competencia legal para evaluar este tipo de casos únicamente cuando se afecte una actividad económica.

¹⁴¹ Cf. Res. N.º 04-1999-CAM-Indecopi/EX000056, N.º 02-2000-CAM-Indecopi/EXP-000038 y N.º 02-2001-CAM-Indecopi/EXP-0054-2000, N.º 0157-2004/CAM-Indecopi y N.º 118-2006/CAM-Indecopi.

¹⁴² La norma debía contener los siguientes elementos: (i) el monto de las tasas de los arbitrios; (ii) la explicación de los costos efectivos que demanda el servicio según el número de contribuyentes de la localidad beneficiada, y (iii) la explicación de los criterios que justifiquen incrementos, de ser el caso.

¹⁴³ Por ejemplo, para el servicio de parques y jardines se considera un criterio razonable el uso de la cercanía del inmueble con el parque objeto del servicio, ya que evidencia un mayor disfrute del contribuyente.

la CEB identificó los cuatro requisitos que permitían el uso de este mecanismo¹⁴⁴, sin los cuales el cobro debía ser considerado como una barrera burocrática ilegal¹⁴⁵.

Las resoluciones y lineamientos¹⁴⁶ del Indecopi, en mutua retroalimentación¹⁴⁷ con los pronunciamientos del Tribunal Constitucional¹⁴⁸, han generado reformas importantes en las regulaciones municipales sobre arbitrios, lo cual ha beneficiado no solo a las empresas sino a la sociedad en general. Estos criterios han sido luego adoptados por el Tribunal Fiscal, órgano resolutorio especializado en tributos¹⁴⁹.

Otro caso representativo en materia tributaria se vincula al cobro que realizan las municipalidades por el solo hecho de que las personas ingresen con sus vehículos a espacios públicos cercanos a las playas del litoral. Este cobro es una especie de pago por «derecho de entrada» a un espacio público, lo cual se encuentra proscrito expresamente por el artículo 61 de la Ley de Tributación Municipal, que establece una prohibición para que las municipalidades impongan cargas tributarias (vía tasas o contribuciones) sobre los usuarios de vías, puentes, obras de infraestructura o cualquier tipo de restricción al ingreso o salida de personas y/o bienes dentro del territorio nacional. Así, se entiende que la libertad de tránsito tiene un impacto no solo en el desenvolvimiento personal y social de los ciudadanos, sino también económico ya que es esencial para el libre intercambio de bienes y servicios¹⁵⁰, por lo que no debe estar sujeto a algún tipo de gravamen municipal.

¹⁴⁴ Cf. Res. N.º 0125-2007/CAM-Indecopi (confirmada mediante Res. N.º 2449-2007/TDC-Indecopi).

¹⁴⁵ Para un mayor desarrollo sobre la aplicación de este criterio y su origen véase: «Utilización del Principio de Solidaridad en Arbitrios Municipales» (Ochoa y Rizo-Patrón, 2008).

¹⁴⁶ En 2003 y 2005, la Comisión difundió dos documentos informativos (llamados «lineamientos») sobre las reglas de legalidad y razonabilidad en la aprobación de arbitrios. Estos documentos fueron aprobados por las Resoluciones N.º 009-2003/CAM-Indecopi y N.º 0191-2005/CAM-Indecopi, respectivamente.

¹⁴⁷ Es importante tener en cuenta que los criterios de razonabilidad en materia de arbitrios fijados por la CEB provienen de resoluciones emitidas desde el año 2000, mientras que una de las primeras sentencias del Tribunal Constitucional en esta materia data de 2003 (recaída en el Expediente N.º 0918-2002-AA/TC).

¹⁴⁸ Mediante sentencias recaídas en los Exp. N.º 0041-2004-AI/TC (publicada el 14 de marzo de 2005) y N.º 53-2004-PI/TC (publicada el 17 de agosto de 2005), el referido tribunal estableció los parámetros obligatorios en materia de tributos para todas las municipalidades del país. Es importante tener en cuenta que la primera sentencia se emite sobre una demanda de inconstitucionalidad planteada por la Defensoría del Pueblo como consecuencia de un procedimiento previamente seguido ante la Comisión (Exp. N.º 00080-2001/CAM).

¹⁴⁹ Si bien el Tribunal Fiscal es el órgano administrativo especializado en resolver contiendas tributarias conforme al Código Tributario, entre 1999 y 2005 tuvo como práctica resolutoria el rechazo de reclamos contra arbitrios fijados ilegalmente en ordenanzas, sustentándose en el rango de ley de estas últimas (cf. RTF N.º 563-3-99, N.º 1104-5-2000 y 05069-2-2003, entre otras). Esta práctica cambió a partir de la exhortación realizada por el Tribunal Constitucional en sus precedentes sobre arbitrios.

¹⁵⁰ Todo espacio público —como las playas del litoral— es un lugar propicio para el desarrollo de actividades comerciales en tanto existe potencialmente un importante mercado de consumidores para diversos servicios, como los de venta de comida, guardanía privada de vehículos, servicios higiénicos, etc.

Los pronunciamientos¹⁵¹ y campañas de supervisión de la CEB¹⁵² han tenido un impacto en la reducción y frecuencia de este tipo de cobros que afectan el libre tránsito¹⁵³. Sin embargo, aun con la imposición de sanciones a las autoridades responsables por estas infracciones, anualmente no se lograba de eliminar del todo esta práctica en algunos distritos del país. Una posible explicación sobre esto último era el carácter poco disuasivo de la capacidad sancionadora con la que contaba la CEB hasta el año 2013, en tanto la cuantía de sus multas ascendía como máximo a 5 UIT¹⁵⁴. Por tanto, se podía entender que el beneficio obtenido por la recaudación anual por estos cobros ilegales era mayor al costo de una multa por parte de la CEB. Afortunadamente, con el nuevo poder sancionador con el que cuenta la Comisión (con capacidad de imponer hasta 20 UIT de multa), además del mejoramiento de estrategias de supervisión, el cobro ilegal que restringe el libre tránsito viene siendo una práctica menos común en comparación a lo que se registraba años atrás.

VII. EVOLUCIÓN DE LAS ATRIBUCIONES DE LA CEB

I. Etapa embrionaria (1992)

La composición original del Indecopi, creado en 1992¹⁵⁵, no incluía una Comisión que supervisara de manera exclusiva las barreras de acceso al mercado. El procedimiento de eliminación de barreras burocráticas tuvo su primer antecedente normativo a través de una ley sobre reestructuración empresarial¹⁵⁶ (lo que se conoce hoy como «sistema concursal»), que encargó a la Comisión de Simplificación de Acceso y Salida del Mercado (CSS) —como función accesoria— la supervisión de barreras burocráticas que afecten el «acceso» o la «salida» de las empresas en la actividad económica, además de velar por las normas de simplificación administrativa.

Sin perjuicio de la importancia de haber incorporado dentro del Indecopi a un órgano resolutorio que supervise barreras burocráticas, era evidente que la CSS tuvo una mayor especialización en materias de reestructuración empresarial y declaraciones

¹⁵¹ Cf. Res. N.º 0080-2004/CAM-Indecopi, N.º 0113-2005/CAM-Indecopi, N.º 0113-2006/CAM-Indecopi y N.º 0121-2009/CEB-Indecopi.

¹⁵² En esta materia, las Comisiones Regionales del Indecopi a las que se les ha delegado la función de la CEB han tenido un rol importante en la fiscalización y sanción.

¹⁵³ Actualmente, sobre todo en Lima Metropolitana, es posible identificar las siguientes mejoras: (i) la mayor parte de distritos están autorizados por una ordenanza que ha sido ratificada por la municipalidad provincial para realizar este cobro (en el pasado este aspecto no era la regla general); (ii) el cobro se efectúa mayormente a la salida del balneario, y (iii) se ha reducido y uniformizado el monto del cobro.

¹⁵⁴ La UIT se determina cada año. Para 2015 ha sido fijada en S/. 3 800 (aproximadamente US\$ 1 194).

¹⁵⁵ Mediante Decreto Ley N.º 25868 (publicado el 24 de noviembre de 1992).

¹⁵⁶ Decreto Ley N.º 26116, Ley de Reestructuración Empresarial (publicada el 30 de diciembre de 1992). Las funciones sobre barreras burocráticas se ubicaba en su segunda y tercera disposición complementaria.

de insolvencia que en temas de acceso al mercado. Inclusive, hasta 1996, los cobros municipales que constituían infracciones al artículo 61 de la Ley de Tributación Municipal eran evaluados por la Comisión Multisectorial de Libre Competencia del Indecopi (hoy Comisión de Defensa de la Libre Competencia)¹⁵⁷ y no por la CSS.

2. Etapa I: La Comisión de Acceso al Mercado (1996)

La creación de un órgano especializado en supervisar barreras burocráticas se produce en 1996 con la publicación del Decreto Legislativo N.º 807¹⁵⁸, el cual incorpora el artículo 26 BIS en la entonces Ley de Organización y Funciones del Indecopi, siendo el punto de inicio para las funciones de la Comisión. Su redacción original incluyó los siguientes elementos¹⁵⁹:

- Funciones del órgano (¿Para qué fue creado?): conocer y eliminar barreras burocráticas ilegales y/o irracionales.
- Ámbito de aplicación objetivo (¿Qué es lo que va a supervisar?): actos y disposiciones de la Administración Pública que configuren barreras burocráticas (hoy «toda modalidad de actuación administrativa»).
- Ámbito de aplicación subjetivo (¿Quién o quiénes están sujetos a su supervisión?): todas las entidades de la Administración Pública.
- Poderes de eliminación y sanción (¿Qué clase de prerrogativas tiene para cumplir con su función?): puede emitir mandatos de eliminación con carácter vinculante y cuenta con el poder de imponer multas a los funcionarios que apliquen las barreras declaradas ilegales. Este poder de multa no era corporativo (a la entidad) sino personal (al funcionario).
- Limitaciones al ejercicio de sus funciones: la facultad de eliminación no podía aplicarse para barreras contenidas en decretos supremos ni resoluciones ministeriales (normas del Poder Ejecutivo). Asimismo, la sanción al funcionario solo procedía luego de que la Comisión declaraba la ilegalidad de la barrera.

¹⁵⁷ Cf. Directiva N.º 001-TDCPI-94 y Resolución N.º 012-94-Indecopi/CLC.

¹⁵⁸ Ley sobre facultades, normas y organización del Indecopi, publicada el 11 de abril de 1996. En su artículo 49 incorpora la Comisión de Acceso al Mercado dentro de la estructura orgánica del Indecopi y a través del artículo 50 incorpora el artículo 26 BIS en el Decreto Ley N.º 25868.

¹⁵⁹ De los cinco elementos descritos de la versión original del artículo 26 BIS, únicamente dos permanecen hasta la fecha sin modificaciones. Los poderes sancionadores y de eliminación, así como algunas restricciones, son las que han sido objeto de modificación hasta la actualidad. Del mismo modo, las formas de materialización han sido ampliadas.

3. Etapa 2: Debilitamiento del poder de la CEB (2001)

Pese a la importancia de los pronunciamientos de la Comisión para garantizar las libertades de iniciativa privada, de empresa y la simplificación administrativa, existió una gran oposición por parte las entidades públicas objeto de supervisión, sobre todo de las municipalidades¹⁶⁰. Esta situación y la coyuntura política propiciaron que a través del artículo 48 de la Ley N.º 27444, publicada en abril de 2001, se recortaran las atribuciones de la Comisión, pasando a ser una instancia de «sugerencias» (Sardón, 2014) más que una autoridad de eliminación de barreras. Este dispositivo legal incluyó los siguientes aspectos:

- Se reafirmó la limitación de la CEB para eliminar barreras contenidas en normas del Poder Ejecutivo (decretos supremos y resoluciones ministeriales), pudiendo solo emitir informes de recomendación.
- Se extendió la limitación antes mencionada para el caso de barreras originadas en ordenanzas municipales (que representaba la mayor parte de denuncias).
- Se incorporó un plazo (30 días) para que los órganos que emitieron la norma que originó la barrera se pronuncien sobre el informe de la Comisión. Sin embargo, no se estableció ninguna sanción o consecuencia jurídica en caso de que dicho periodo fuese incumplido o el órgano se reafirmase en la barrera.

Es importante notar que la mayor parte de las barreras denunciadas ante el Indecopi provienen de decretos supremos y ordenanzas municipales, por lo que se puede advertir que la efectividad de los pronunciamientos que podía emitir la Comisión, a partir de la publicación de la Ley N.º 27444, fue afectada notablemente.

4. Etapa 3: Implementación de informes con efectos jurídicos (2003)

La Ley N.º 28015 (2003)¹⁶¹ aprobó no solo un régimen especial para empresas de tipo MYPE¹⁶², sino que a través de su segunda disposición complementaria derogó el segundo párrafo del citado artículo 48 de la Ley N.º 27444. Esta derogación duró solo unos días ya que, con posteridad, el Congreso de la República aprobó la Ley N.º 28032¹⁶³ que, entre otros aspectos, restituyó la limitación contenida en el artículo 48 de la Ley N.º 27444, incorporando además los siguientes elementos:

¹⁶⁰ Cabe indicar que la redacción original del Decreto Ley N.º 25868 establecía una limitante para que la Comisión ordenara la eliminación de barreras contenidas en reglamentos del Poder Ejecutivo. Sin embargo ello no incluía a las ordenanzas municipales o regionales, con lo cual podían inaplicarse estas normas.

¹⁶¹ Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa, publicada el 3 de julio de 2003.

¹⁶² Acrónimo de «Mediana y Pequeña Empresa».

¹⁶³ Ley de eliminación de barreras burocráticas en favor de la competitividad de los agentes económicos, publicada el 19 de julio de 2003.

- Se reafirmó la limitación legal para que la Comisión estuviera impedida de eliminar barreras contenidas en normas del Poder Ejecutivo (decretos supremos y resoluciones ministeriales) y ordenanzas municipales, pudiendo pronunciarse solo mediante informes.
- Se extendió la limitación antes mencionada para el caso de barreras originadas en ordenanzas regionales.
- Se reafirmó el plazo de 30 días para que los órganos que emitieron la norma que originó la barrera se pronuncien sobre el informe de la Comisión.
- Se establecieron consecuencias para los casos en que el Consejo de Ministros o el Concejo Municipal no diera respuesta dentro del plazo o esta fuera negativa respecto a lo señalado en las recomendaciones (véase Tabla n.º 3).

5. Etapa 4: Restitución y ampliación de poderes (2007)

El marco legal antes mencionado favorecía el mantenimiento de las barreras burocráticas y exigía que, para su eliminación, el Indecopi o los afectados tuvieran que recurrir a largos procesos judiciales o constitucionales (Ochoa y Rizo-Patrón, 2011). Afortunadamente, el Congreso de la República restituyó las facultades de la Comisión a través de la Ley N.º 28996, lo cual constituye un hito importante en la evolución del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas. A través de esta ley se modificó —por tercera y definitiva vez— el artículo 48 de la Ley N.º 27444, incluyendo los siguientes elementos:

- Se deja sin efecto la limitación de facultades establecida en el artículo 26 BIS para los decretos supremos y resoluciones ministeriales.
- Se restituyen las facultades de la Comisión para emitir mandatos de inaplicación al caso concreto para todo tipo de barreras burocráticas, pese a que se encuentren en ordenanzas, en decretos supremos o resoluciones ministeriales.
- Desaparece la necesidad de emitir informes a manera de «sugerencia».
- Se precisa que en los casos iniciados de oficio contra ordenanzas, la Comisión mantiene la obligación de recurrir a la Defensoría del Pueblo para la interposición de una demanda de inconstitucionalidad y, en el caso de decretos supremos, de interponer una demanda de Acción Popular ante el Poder Judicial.
- Se establece por primera vez una definición legal de lo que debe considerarse como «barrera burocrática».

6. Etapa 5: Nuevo nombre y reconocimiento constitucional (2008-2010)

En 2008, a raíz de la publicación del Decreto Legislativo N.º 1033, Nueva Ley de Organización y Funciones del Indecopi, se cambia la denominación de varias de sus

comisiones, incluyendo a la Comisión de Acceso al Mercado¹⁶⁴. Posteriormente, el 15 de septiembre de 2010 se publicó la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional (Expediente N.º 00014-2009-AI) que legitima constitucionalmente los poderes de la CEB para ordenar la eliminación —con efectos particulares— de las barreras burocráticas contenidas en ordenanzas municipales, cerrando así una discusión que generó controversias desde el origen de la Comisión.

7. Etapa 6: Mayores poderes sancionadores, correctivos y resarcitorios (2013-2015)

Las modificaciones normativas antes mencionadas reforzaron el poder de la CEB para emitir mandatos de eliminación de barreras burocráticas. Sin embargo, el poder sancionador de esta autoridad resultaba un poco «atemorizante» para que las entidades dieran cumplimiento de manera voluntaria a la legislación sobre eliminación de barreras burocráticas. En efecto, si bien las entidades acataban los mandatos de la CEB para cada caso particular, ello no originaba que fueran replicados de manera voluntaria hacia el resto de empresas afectadas en el mercado por la misma barrera. Así, las empresas debían recurrir (de manera individual o agrupada) ante la CEB para que se deje sin efecto en cada caso concreto la regulación calificada como ilegal o carente de razonabilidad¹⁶⁵. De esa manera, las entidades públicas esperaban a que la CEB se pronuncie para cumplir recién con la ley, dejando sin efecto la regulación ilegal o carente de razonabilidad únicamente respecto de la empresa que obtenía un pronunciamiento favorable.

Además de esta situación, existían desincentivos para aquellas empresas y/o ciudadanos que decidían enfrentarse a una autoridad pública. En efecto, se tiene la idea de que la decisión de interponer una denuncia ante el Indecopi puede generar represalias o un trato hostil por parte de la entidad denunciada en el trámite objeto de reclamo o en los subsiguientes procedimientos, especialmente en el caso de las empresas, que prefieren construir relaciones armoniosas de coordinación regulatoria (Black, 2011)¹⁶⁶ debido al largo plazo de sus inversiones. En el caso del ciudadano común y/o el pequeño empresario afectado por un requisito ilegal, muchas veces resultaba más costoso recurrir a la CEB que asumir la propia barrera burocrática, ya que debía invertir en el pago por

¹⁶⁴ Si bien la referencia de «Acceso al Mercado» tiene vinculación con aquel derecho derivado de la libertad de empresa cuya tutela se encuentra a cargo de esta Comisión, es importante notar que la actual denominación resulta más exacta a la función que cumple, esto es: eliminar barreras burocráticas.

¹⁶⁵ Por ejemplo, pese a que desde 2007 existe una ley que establece los únicos requisitos que pueden exigirse para el trámite de licencia de funcionamiento (Ley N.º 28976), diversas municipalidades exigían documentos adicionales en dicho trámite. Esto se podía verificar en las ventanillas de trámite documentario y en las disposiciones de la propia entidad, lo cual constituía un abierto desacato de la ley nacional.

¹⁶⁶ El término utilizado en Inglés es *regulatory conversations*, sin embargo, su traducción literal al castellano («conversaciones regulatorias») puede ser interpretado de manera ambigua y desviar la atención de su verdadero significado, el cual está vinculado a estrategias de coordinación y desarrollo de relaciones entre el regulador y la empresa regulada.

la presentación de la denuncia, cuyo monto podía superar el costo del cumplimiento de la regulación cuestionada¹⁶⁷.

La problemática antes descrita ha tratado de ser superada a través de la Ley N.º 30056, mediante la cual el Congreso de la República refuerza las facultades sancionadoras de la CEB¹⁶⁸ y su capacidad para actuar de oficio¹⁶⁹, además de establecer incentivos para quien tenga el «valor» de plantear una denuncia. Esta ley, vigente a partir de julio de 2013, incluye lo siguiente:

- Se establecen dos nuevos tipos de procedimientos sancionadores a cargo de la CEB, incluyendo dentro de uno de ellos la posibilidad de sancionar de oficio.
- Se cuadruplica el monto máximo de multa que puede aplicar la CEB en los mencionados procedimientos sancionadores (20 UIT).
- Se faculta a la CEB a sancionar por la aplicación de barreras burocráticas carentes de razonabilidad, lo cual solo estaba reservado para barreras ilegales.
- Se permite el reembolso de la inversión realizada por el denunciante en la tramitación de la denuncia ante la CEB (otorgamiento de «costos y costas»)¹⁷⁰, el cual es asumido por la entidad que haya sido vencida en el procedimiento¹⁷¹.
- Se establecen los criterios mínimos para la graduación de sanciones y la necesidad de establecer los parámetros específicos para determinar la cuantía de las multas, otorgándole dicha facultad al Directorio del Indecopi¹⁷².
- Se amplía el concepto de funcionario público para efectos de la sanción que pueda imponer la CEB, de tal modo que el sancionado sea todo aquel que ejerce una función administrativa.
- Se permite que las entidades públicas también puedan ser sancionadas (con anterioridad solo eran sancionados los funcionarios de manera personal).

¹⁶⁷ Por ejemplo, la exigencia de fotografías, copias certificadas o documentos legalizados puede generar un costo monetario de menos de S/. 20 (aprox. US\$ 6), mientras que el pago por presentar un reclamo ante la CEB asciende a 13,36 % UIT, lo cual equivale a S/. 507,68 para 2015 (aprox. US\$ 160).

¹⁶⁸ Ley que modifica diversas leyes para facilitar la inversión, impulsar el desarrollo productivo y el crecimiento empresarial (publicada el 2 de julio de 2013).

¹⁶⁹ Una actuación de oficio se refiere a la posibilidad de que la autoridad administrativa inicie acciones sin necesidad de esperar a que un administrado o usuario se lo pida.

¹⁷⁰ Esta es una figura procesal mediante la cual la parte vencida asume los honorarios del abogado que asesoró a la parte ganadora (costos), además de los demás gastos de tramitación derivados del proceso (costas).

¹⁷¹ Este tipo de solicitud era rechazada en los procedimientos seguidos ante la CEB debido a la exoneración establecida en el Código Procesal Civil (artículo 413) en favor de las entidades públicas, así como en la Ley N.º 27444, que establece que en el procedimiento administrativo no procede esta figura (artículo 47).

¹⁷² Cf. Resolución de la Presidencia del Consejo Directivo del Indecopi N.º 317-2013-Indecopi, que aprueba la Tabla de Graduación, Infracciones y Sanciones de la CEB (publicada el 29 de diciembre de 2013).

- Se reconoce que los procedimientos de oficio pueden ser alimentados con información que presenten diversos grupos organizados de la sociedad.

Finalmente, el Decreto Legislativo N.º 1212 (2015) involucra la más reciente modificación de las atribuciones de la CEB. Sin embargo, es importante notar que la naturaleza de las competencias previstas en el artículo 26 BIS no ha variado. El mencionado decreto legislativo unifica las modificaciones efectuadas a lo largo de los años y específicamente incorpora las siguientes «novedades»:

- Amplía la forma de materialización de las barreras burocráticas («toda modalidad de actuación»).
- Permite que el cumplimiento de la barrera cuestionada ante la entidad denunciada no afecte el derecho del denunciante a recurrir ante la CEB. Este supuesto se aplica tanto a «requisitos» como a «pagos» en materia de trámites (último párrafo del artículo del 26 BIS).
- Exige que las entidades deberán informar a los ciudadanos sobre lo resuelto por la CEB, mediante comunicación física y virtual. Se otorga un plazo de 5 días de la fecha de notificación.
- Permite que la CEB pueda ordenar y sancionar la devolución de tasas que han sido declaradas ilegales, ya sea el monto de la tasa más intereses, o el exceso de la tasa con la nueva metodología y criterios.

VIII. ATRIBUCIONES LEGALES CON LAS QUE CUENTA ACTUALMENTE LA CEB

La CEB cuenta con tres tipos de herramientas o atribuciones legales para cumplir su función. La primera es la posibilidad de emitir órdenes de eliminación y/o inaplicación de las barreras que califique como ilegales y/o carentes de razonabilidad, de tal manera que la regulación cuestionada sea «levantada» (medida correctiva). La segunda herramienta consiste en la posibilidad de imponer multas a los servidores públicos que no acaten sus mandatos o que cometan infracciones señaladas en el artículo 26 BIS (medidas sancionadoras). El tercer tipo de atribución se refiere a la posibilidad de ordenar la devolución de los costos asumidos por quien denuncia una barrera burocrática (medidas resarcitorias). Este último tipo de medida forma parte de las recientes modificaciones legislativas incorporadas durante 2014 y 2015, vinculada a la devolución de costas y costos (lo gastado por tramitar una denuncia ante la CEB) y la devolución de aquellas tasas pagadas indebidamente ante alguna entidad y que fueron denunciadas como barreras burocráticas.

I. Eliminación de barreras burocráticas

Más allá del recuento histórico desarrollado hasta este punto, es válido preguntarse: ¿Qué implica exactamente el poder de ordenar la eliminación o inaplicación de una barrera burocrática? En primer lugar debe tenerse en cuenta que el poder de eliminación puede ejercerse con efectos generales (eliminación pura) y con efectos particulares (inaplicación). Lo señalado se desprende de texto del artículo 26 BIS en el que se establece expresamente este poder de «eliminar», así como del propio nombre que actualmente posee la CEB. Sin embargo, también debe tomarse en cuenta que el artículo 48 de la Ley N.º 27444 restringe que la CEB pueda eliminar —con efectos generales— aquellas barreras contenidas en ciertas disposiciones por razones de su jerarquía normativa, como son las ordenanzas municipales y regionales así como los decretos supremos y resoluciones ministeriales, pudiendo solo emitir mandatos de eliminación particular (o inaplicación) en estos supuestos¹⁷³. Esta restricción no incluye otro tipo de normas administrativas, respecto de las cuales la CEB se encuentra facultada para emitir mandatos de eliminación con efectos vinculantes (véase Tabla n.º 4)¹⁷⁴. En ese sentido, se entiende que la «eliminación» de barreras burocráticas es la regla dentro de las atribuciones de la CEB, mientras que la «inaplicación» constituye la excepción¹⁷⁵.

En segundo lugar, cabe indicar que la CEB no elimina directamente una barrera burocrática sino que emite mandatos de eliminación. En efecto, quienes tienen el poder de eliminar un acto y/o disposición son las propias autoridades que han dado origen a estas barreras y quienes tienen a su cargo el procedimiento en el que estas han sido impuestas¹⁷⁶. Por tanto, el procedimiento sobre barreras burocráticas a través del Indecopi comprende como última etapa la acción de la propia entidad administrativa al eliminar la barrera ilegal o carente de razonabilidad¹⁷⁷.

En tercer lugar, se debe tener presente que la labor de la CEB no implica en modo alguno sustituir a las entidades en el ejercicio de sus funciones administrativas. Por

¹⁷³ La Res. N.º 182-97-TDC precisa que el poder de la CEB no le permite derogar normas. Sin embargo, debe entenderse que existe distinta naturaleza entre una orden de eliminación de barreras burocráticas (contenidas en normas) y la eliminación directa y automática de normas (o derogación), que corresponde exclusivamente a la propia entidad, al Poder Judicial y al Tribunal Constitucional.

¹⁷⁴ La CEB ha realizado acciones de oficio contra diversas universidades públicas que imponían barreras en la tramitación del grado de bachiller o título universitario, lo cual fue aprobado a través de normas que no gozan del blindaje que tienen las ordenanzas o decretos supremos, por lo que fue ordenada su eliminación.

¹⁷⁵ Una opinión contraria es la de Quiroga (1999), quien, incluso antes de la vigencia de la versión original del artículo 48 de la Ley N.º 27444 (2001), consideraba que la CEB (CAM, en su momento) no podía realizar «control normativo» de barreras burocráticas, es decir, que no podría ordenar la eliminación o inaplicación de los actos y/o disposiciones, sino únicamente evaluar su legalidad y/o razonabilidad.

¹⁷⁶ Por ejemplo, si la CEB emite una orden de eliminación sobre un requisito municipal dentro del trámite de licencia de funcionamiento, quien tiene a su cargo la ejecución de esta orden es la propia entidad.

¹⁷⁷ Esto a excepción de los procedimientos de oficio que tengan como única finalidad la derogación de la norma vía las demandas de inconstitucionalidad y de acción popular.

ejemplo, si la CEB ordena la inaplicación de un requisito que se pide para el trámite de una autorización municipal, ello no genera que la autoridad a cargo del procedimiento deba otorgar automáticamente dicho permiso o que la CEB pueda otorgarlo. Los mandatos de la CEB se vinculan exclusivamente con la exigencia, prohibición y/o cobro de la materia de análisis, lo cual puede o no generar indirectamente que la entidad otorgue una autorización (si cumple con los demás requisitos y condiciones técnicas) o se declare la nulidad de una sanción (ocasionada por la obligación incumplida que ha sido declarada ilegal o carente de razonabilidad).

2. Imposición de sanciones vía procedimientos de parte y de oficio

Hasta antes de la vigencia de la Ley N.º 30056 (julio de 2013), la CEB ejercía su función principalmente a través de procedimientos en los que identificaba y eliminaba barreras burocráticas cuestionadas mediante denuncias de parte. El rol de oficio de la CEB no tenía mayor impacto que el de fijar líneas de interpretación y recomendación sobre eliminación de barreras burocráticas, con un efecto positivo en aquellas entidades que (sin ser obligadas por la CEB) eliminaban por voluntad propia las barreras burocráticas identificadas como ilegales y/o carentes de razonabilidad, lo cual no sucedía necesariamente con la mayor parte de entidades de la Administración Pública.

El limitado impacto que tenían los pronunciamientos de parte (por solo beneficiar a quien denunciaba) y el nulo efecto disuasivo en la actuación de oficio de la CEB podría encontrar explicación, entre otros aspectos, en los bajos costos que asumían las entidades y servidores públicos cuando incumplían las leyes sobre eliminación de barreras burocráticas. En el caso de los procedimientos iniciados de parte, los únicos costos que asumía la entidad consistían en el apersonamiento y defensa jurídica vía sus procuradurías y el cumplimiento del mandato de la CEB (al tener que levantar la barrera burocrática en favor de la parte afectada), mientras que en los procedimientos de oficio, solo asumían el primero de estos costos (la defensa legal).

Bajo el vigente marco legal de la CEB, las entidades y servidores públicos asumen mayores costos si aplican una barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad (multas de hasta 20 UIT), por lo que tienen mayores incentivos para cumplir con las leyes y principios de mejora regulatoria y de simplificación administrativa. En efecto, la Ley N.º 30056 transmite implícitamente dos mensajes: si una entidad incumple con una ley que indica claramente «no exijas cierto requisito» en un trámite, la CEB impondrá directamente una sanción; y si un servidor público desconoce una resolución de la CEB en la que declara una barrera burocrática como ilegal y/o carente de razonabilidad, aplicándola a cualquier persona, también se aplicará una sanción. Lo señalado se viabiliza a través de dos tipos de procedimientos incorporados en el artículo 26 BIS, siendo uno de sanción inmediata por infracción directa (SID) y otro de sanción por efecto de una resolución publicada (SRP).

El procedimiento SID es el arma más poderosa con la que cuenta la CEB para combatir las barreras burocráticas ilegales y, probablemente, la más disuasiva¹⁷⁸. A diferencia de los supuestos de sanción tradicionales en los que la CEB necesita una declaración previa sobre la legalidad y/o razonabilidad, en este caso existe la atribución de sancionar directamente a la entidad cuando se verifique la aplicación efectiva de alguno de los siguientes siete supuestos¹⁷⁹:

1. Exigir requisitos adicionales a los fijados en las leyes sobre trámites de licencia de funcionamiento y licencia de edificación (Leyes N.º 28976 y N.º 29090).
2. Exigir el pago por derechos de tramitación que no hayan sido fijados en función del costo del servicio o procedimiento administrativo y/o que superen una UIT, conforme al artículo 45 de la Ley N.º 27444 y al artículo 70 de la Ley de Tributación Municipal.
3. Exigir requisitos no incluidos en el Texto Único de Procedimientos Administrativos de cada entidad, de conformidad con los artículos 36 y 38 de la Ley N.º 27444, y que estando incluidos no están sustentados en la normatividad vigente (o han sido derogados). Asimismo, aplicar tasas que incumplan las reglas de aprobación establecidas en los artículos 44 y 45 de la Ley N.º 27444, así como en el Código Tributario, y que no cumplan con las reglas de ratificación provincial conforme al artículo 40 de la Ley N.º 27972¹⁸⁰.
4. Imponer plazos mayores a los que ya establece la ley como tiempo máximo para que una entidad se pronuncie sobre una solicitud de autorización.
5. Aplicar de manera indebida el mecanismo del silencio administrativo, el cual por regla general debe ser «positivo», conforme a la Ley N.º 29060.
6. Exigir documentos y/o información que está prohibida expresamente por los artículos 40 y 41 de la Ley N.º 27444.
7. Exigir la subsanación documental durante un trámite en más de una oportunidad, conforme a la prohibición del artículo 126.3 de la Ley N.º 27444.

Es importante notar que estas infracciones se basan en reglas que existían previamente en leyes especiales (algunas desde hace más de veinte años)¹⁸¹ y respecto de las

¹⁷⁸ Supuesto regulado en el literal d) del artículo 26 BIS.

¹⁷⁹ El resultado final de esta lista es producto de una modificación efectuada por el artículo 18 de la Ley N.º 30230 (publicada el 12 de julio de 2014) y el Decreto Legislativo N.º 1212.

¹⁸⁰ Supuesto incorporado por la Ley N.º 30230. Es importante notar que este tipo infractor es uno de los más complejos de los siete literales del artículo 26 BIS, ya que supone la sanción de conductas vinculadas a diversas reglas de legalidad para la aplicación de requisitos y tasas.

¹⁸¹ Por ejemplo, la prohibición de pedir documentos y derechos de trámite que no figuran en el TUPA ya estaba prevista en el artículo 22 del Decreto Legislativo N.º 757, vigente desde 1991. Es decir, incluso antes de la Ley N.º 27444.

cuales las entidades de la Administración Pública hacían caso omiso en perjuicio de los ciudadanos y empresas. Por ello, se hizo necesario implementar el procedimiento SID para demostrar una especie de «tolerancia cero» respecto de las infracciones más nocivas en materia de simplificación de trámites.

Por otro lado, el procedimiento SRP tiene por objeto dar efectos vinculantes a la declaración de ilegalidad y/o falta de razonabilidad de una barrera burocrática cuya aplicación pueda generar, a criterio de la CEB, un impacto significativo en el mercado¹⁸² y que no se encuentra en la lista de los siete supuestos mencionados anteriormente. Los servidores públicos que apliquen dicha barrera pueden ser sancionados hasta con 20 UIT, una vez que el pronunciamiento sobre la mencionada barrera haya sido publicitado. Es importante notar que este procedimiento solo procede a solicitud de parte (la CEB no puede sancionar de oficio en este caso) y cuando previamente se cumpla con los siguientes pasos:

1. Que la CEB haya declarado la ilegalidad y/o falta de razonabilidad de una barrera burocrática¹⁸³, disponiendo la necesidad de que esta barrera constituya un supuesto publicable al amparo del literal c) del artículo 26 BIS.
2. Que esta decisión sea consentida¹⁸⁴ o confirmada por el Tribunal del Indecopi.
3. Que esta decisión se publicada en el diario oficial *El Peruano*¹⁸⁵.
4. Que algún ciudadano o empresa acredite que la barrera cuya ilegalidad y/o falta de razonabilidad fue identificada previamente —en la resolución publicada— ha sido aplicada por algún servidor público.

Estas nuevas atribuciones han demostrado ser efectivas. En menos de dos años (desde octubre de 2013 a 2015)¹⁸⁶, se ha logrado que diversas municipalidades de Lima Metropolitana y la Provincia del Callao eliminen un total aproximado de 790 barreras burocráticas que solían imponer mediante procedimientos, requisitos y cobros vinculados a la obtención de licencias de edificación, autorizaciones para el despliegue de infraestructura en servicios públicos, anuncios publicitarios, entre otras materias protegidas por la Ley N.º 30056. Probablemente, lo más destacable es que más del 50% de la mencionada cifra se origina en acciones preventivas de la Secretaría Técnica

¹⁸² Regulado en el literal c) del artículo 26 BIS.

¹⁸³ Esta declaración puede ser emitida como consecuencia de un procedimiento de oficio o de parte.

¹⁸⁴ Una resolución es consentida cuando no ha sido apelada o este recurso fue presentado fuera de plazo.

¹⁸⁵ Cf. Resolución de la Presidencia del Consejo Directivo del Indecopi N.º 280-2013-Indecopi/COD, que aprueba el reglamento sobre publicación de resoluciones de la CEB (publicado el 20 de noviembre de 2013).

¹⁸⁶ La plena capacidad sancionadora de la CEB debe contarse a partir del mes de diciembre de 2013, fecha en la que se publicó la tabla de sanciones, aprobada por el Directorio del Indecopi.

de la CEB¹⁸⁷ que han conllevado que las entidades modifiquen voluntariamente sus regulaciones sin necesidad del inicio de procedimientos sancionadores en su contra.

Bajo esta estrategia de supervisión, la potestad sancionadora de la CEB es utilizada disuasivamente y como último recurso en caso de que no exista una respuesta positiva por parte de la entidad¹⁸⁸. Se trata de un beneficio neto pasible de ser cuantificado para el Estado y la sociedad. No solo se genera un ahorro en recursos públicos (por los costos de tramitación que implica un procedimiento sancionador y de cobranza coactiva contra la entidad, además de la multa que puede evitar esta última), sino que además se evita que los ciudadanos y empresarios sigan invirtiendo sus esfuerzos y recursos en el cumplimiento de regulaciones innecesarias.

IX. CONCLUSIONES

Pese a su extensión, el presente artículo no agota todas las materias vinculadas al procedimiento de eliminación de barreras burocráticas. Cada una de las resoluciones de la CEB es capaz de generar distintas opiniones y, por tanto, publicaciones en las que se discutan aspectos jurídicos de fondo y de procedimiento administrativo, entre otros temas. El marco teórico desarrollado en este documento solo pretende servir como punto de partida para quien se inicie en la exploración del procedimiento seguido ante la CEB. Para ello, es necesario extraer ocho importantes conclusiones:

1. Las barreras burocráticas no deben ser consideradas negativas por naturaleza ya que son una manifestación de la función administrativa del Estado, la cual ha sido asignada por nuestros representantes a través de las leyes y la Constitución. Es decir, estas barreras son muchas veces necesarias.
2. Si bien existe un rol regulatorio del Estado, este no puede desconocer las libertades económicas y derechos reconocidos en la Constitución para todo aquel que desea conducir un negocio y/o hacer un trámite.
3. La función de la CEB permite que el interés público que persigue una regulación sea compatible con las libertades de iniciativa privada y de empresa, así como con el derecho de petición. Esto demuestra que el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas tiene una sólida base dentro de la Constitución Política, lo cual además es reconocido por el Tribunal Constitucional.

¹⁸⁷ Esta actividad consiste en un proceso de monitoreo constante del TUPA de las municipalidades bajo supervisión, envío de comunicaciones con las ilegalidades detectadas y la posibilidad de imponer multas por dichos incumplimientos, entre otras estrategias preventivas.

¹⁸⁸ Este tipo de técnica de supervisión usada por la Secretaría Técnica de la CEB posee ciertos elementos de lo que se conoce como «regulación responsiva» o *responsive regulation* (Ayres y Braithwaite, 1992).

4. Pese a la naturaleza de sus funciones, la CEB no debe ser considerada como el «superregulador» de las entidades de la Administración Pública. Por ello es necesario comprender que el límite de sus atribuciones está delimitado por el concepto de «barrera burocrática» y sus elementos esenciales.
5. El concepto de «barrera burocrática» incluye tres elementos esenciales: (i) que se trate de una exigencia, prohibición, cobro (contenido coercitivo); (ii) que se viabilice mediante una actuación proveniente de una entidad de la Administración Pública (origen y materialización), y (iii) que regule el desarrollo de una actividad económica y/o que afecte la tramitación de procedimientos administrativos (efecto).
6. Las barreras burocráticas pueden clasificarse en tres grupos: (i) las que establecen condiciones a las actividades económicas; (ii) las que afectan a las normas de simplificación administrativa, y/o (iii) las que son aplicadas vía tributación municipal.
7. Únicamente deben ser eliminadas las barreras declaradas como ilegales y/o carentes de razonabilidad por la CEB. Las primeras desconocen las leyes nacionales, mientras que las segundas no se justifican en una finalidad pública, no son adecuadas para lograr la finalidad, no cuentan con un análisis costo-beneficio y/o no representan la medida menos costosa para el agente regulado.
8. La CEB cuenta con tres herramientas para cumplir con su función: (i) el poder de ordenar la eliminación de barreras burocráticas (medidas correctivas); (ii) el poder de imponer multas a entidades y servidores de la administración (medidas sancionadoras), el cual ha sido recientemente reforzado por la Ley N.º 30056, generando resultados importantes en el reducido tiempo de implementación, y (iii) la posibilidad de ordenar la devolución de los costos asumidos por quien denuncia una barrera burocrática (medidas resarcitorias).

BIBLIOGRAFÍA

AVENDAÑO, J., y ZUMAETA, F. (2011), «El que no cae, no tiene que resbalar en el Poder Judicial: las barreras burocráticas y el procedimiento administrativo». *Ius et Veritas*, vol. 21, 43: 208-229.

AYRES, I., y BRAITHWAITE, J. (1992), *Responsive Regulation*. Oxford: Oxford University Press.

BACA, V. Y ABRUÑA, A. (2010) «El Reglamento, ¿Acto Administrativo en el Derecho Peruano?». *Revista de Derecho*, Vol. 11. Piura: Universidad de Piura: 71-92.

BEVAN, G., y WILSON, D. (2013), «Does naming and shaming work for schools and hospitals? Lessons from natural experiments following devolution in England and Wales». *Public Money & Management*, 33: 245-252.

CASSAGNE, J. (2002), *Derecho Administrativo*, t. I y II (7.^a ed.). Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, pp. 83-85 y 41-50.

CLÉRIGO, L. (2009), *El Examen de Proporcionalidad en el Derecho Constitucional* (1.^a ed.). Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 408 pp.

COHEN-ELIYA, M., y PORAT, I. (2010), «American balancing and German proportionality: The historical origins». *International Journal of Constitutional Law*, vol. 8: 263-286.

CORONADO, J. et al. (2014), «Midiendo el costo económico potencial de las barreras burocráticas en el Perú». *Observatorio de Mercados*, Año 8, n.º 16, febrero.

DANÓS, J. (2007), «El régimen de los contratos estatales en el Perú», en *Derecho Administrativo Contemporáneo. Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo*. Lima: Palestra Editores.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO (2008), «¿Uso o abuso de la autonomía municipal? El desafío del desarrollo local». Informe Defensorial n.º 133, Lima.

DERTHICK, M., y QUIRK, P. (1985), *The politics of deregulation*. Washington, D.C.: Brookings Institution.

DROMI, R. (1986), *Introducción al Derecho Administrativo*. Madrid: Grouz, pp. 47-56.

— (2005), *Derecho Administrativo*, t. I. Lima-Buenos Aires: Gaceta Jurídica-Ciudad Argentina, pp. 152 y 153.

DURIVAG, J., y PRIEST, C. (2015), «The Stamp Act and the political origins of American legal and economic institutions». *Southern California Law Review*, vol. 88: 875-912. Disponible en: <http://lawreview.usc.edu/wp-content/uploads/priest-online.pdf> (accedido el 16-11-15).

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T. (2006), *Curso de Derecho Administrativo*. Lima-Bogotá: Palestra-Temis, p. 28-32.

GÓMEZ, H. (2009), «Nuevos desafíos para la Comisión de eliminación de barreras burocráticas del Indecopi: los monopolios legales sustentados en contratos de concesión». *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, Año 5, n.º 8, otoño: 37-57.

GORDILLO, A. (2013), *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, pp. 1-3 (t. 5) y 211-217 (t. 8).

HAYEK, F. (1960), *The Constitution of Liberty*. London: Routledge & Kegan Paul, pp. 11.

MARAVÍ, M. (2013), «Sobre la creación de la CEB. Entrevista al Dr. Alfredo Bullard, uno de los creadores de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi (CEB)», en *Eliminación de Barreras Burocráticas*. Lima: Indecopi, pp. 55-57.

- MARTIN, R. (2013) «El Laberinto Estatal: Historia, evolución y conceptos de la contratación administrativa en el Perú». *Revista de Derecho Administrativo – CDA*, n° 13 (Asociaciones Público-Privadas): 305-353.
- MILL, J.S. (1998), *On Liberty and other essays*, J. Gray (ed.). Oxford: Oxford University Press.
- MÍNGUEZ, R. (2011), *Estudio de medición del Impacto de las barreras burocráticas en el mercado*. Programa Compal-Proyecto para el Perú.
- MISES, L. (1944), *Bureaucracy*, New Haven, Conn.: Yale University Press.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barón de (1989), *The spirit of the laws*, A. Cohler et al. (eds.). Cambridge: Cambridge University Press.
- NISKANEN, W. (1994), *Bureaucracy and public economics*. UK: E. Elgar Publishing.
- OCHOA CARDICH, C. (2013), «El control de barreras burocráticas por el Indecopi y la tutela de derechos fundamentales económicos». *Revista Derecho PUCP*, 71: 413-442. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/8909/9314> (accedido el 16-11-15).
- OCHOA, F., y Rizo PATRÓN, J. (2008), «Utilización del Principio de Solidaridad en Arbitrios Municipales». *Análisis Tributario*, vol. XXI, 241: 28-33. Disponible en: <http://www.aele.com/sites/default/files/archivos/anatrib/08.02%20AT.pdf> (accedido el 16-11-15).
- (2010), «La constitucionalidad de la competencia del Indecopi para inaplicar barreras burocráticas». *Análisis Tributario*, vol. XXIII, 274: 18-24. Disponible en: <http://www.aele.com/sites/default/files/archivos/anatrib/10.11%20AT.pdf> (accedido el 16-11-15).
- OECD (2009), «Regulatory Impact Analysis: A Tool for Policy Coherence», en *Regulatory Impact Analysis: A Tool for Policy Coherence* (12-22). Paris: OECD Publishing.
- PATRONI, U. (2011), «Eliminar barreras burocráticas, la otra cara de la reforma del Estado». *Derecho y Cambio Social*, Año VIII, n.º 26. Disponible en: http://www.derechoycambiosocial.com/revista026/barreras_burocraticas.pdf (accedido el 16-11-15).
- PELTZMAN, S.; LEVINE, M., y Noll, R. (1989), «The Economic Theory of Regulation after a Decade of Deregulation», en *Brookings Papers on Economic Activity*. Microeconomics Brookings Institution Press, pp. 1-59.
- POOLE, T. (2010), «Proportionality in Perspective», en *LSE Law, Society and Economy*. Working Papers 16/2010, London School of Economics and Political Science Law Department, pp. 1-17. Disponible en: https://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/WPS2010-16_Poole.pdf (accedido el 16-11-15).
- QUIROGA, A. (1999), «El control constitucional de las barreras burocráticas y las facultades del Indecopi». *Revista Derecho PUCP*, 51: 323-352. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6137/6156> (accedido el 16-11-15).

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2012), *Diccionario de la lengua española* (22.ª ed.). Disponible en: <http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae> (accedido el 16-11-15).

RIZO PATRÓN, J. (2009), «La libertad de acceso al mercado, su protección constitucional y el análisis de razonabilidad de las ordenanzas que la limiten». *Revista Gaceta Constitucional*, t. 21: 77-94.

ROSS, M. (2004), «Does taxation lead to representation?». *British Journal of Political Science*, vol. 34: 229-249. Disponible en: <http://www.sscnet.ucla.edu/polisci/faculty/ross/taxrep.pdf> (accedido el 16-11-15).

SALAZAR, R. (1998), «El derecho de petición y la Administración Pública en el Perú». *Themis: Revista de Derecho*, 39: 189-203.

SARDÓN, J. (2014), «Autonomía municipal y acceso al mercado», en G. Cisneros Farías y O. Vignolo Cueva (eds.), *Tratado del régimen municipal peruano y de derecho comparado*. Lima: Thomson Reuters, pp. 721-726.

SCHLINK, B. (2012), «Proportionality in constitutional law: why everywhere but here?». *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 22: 291-302.

SECRETARÍA TÉCNICA DE LA COMISIÓN DE ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS (2015), «Logros obtenidos con las acciones de la CEB en el marco de la Ley N.º 30056». Disponible en: http://www.indecopi.gob.pe/0/modulos/jer/jer_interna.aspx?are=0&pfl=3&jer=1577 (accedido el 16-11-15).

STIGLER, G. (1971), «The Theory of Economic Regulation». *The Bell Journal of Economics and Management Science*, abril, vol. 2: 3-21.

THALER, R., y SUNSTEIN, C. (2009), *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness*, London: Penguin Books, pp. 201-202.

WEBER, M. (2013), *Economy and Society: an outline of interpretive sociology*, vol. 2, G. Roth y C. Wittich (eds.). Los Ángeles: University of California Press.

La mayor parte de las resoluciones del Indecopi mencionadas se pueden descargar de los siguientes enlaces:

http://www.indecopi.gob.pe/0/modulos/par/PAR_ListarArchivos.aspx?PFL=3&GRU=84&VALTEM=0 (CEB).

<http://servicio.indecopi.gob.pe/buscResolucion/index.seam> (Tribunal del Indecopi).

ANEXO

TABLA N.º 1 EJEMPLIFICACIÓN DEL ANÁLISIS DE LEGALIDAD

	EJEMPLO	RAZÓN DE ILEGALIDAD
LEG. DE FONDO (ATRIBUCIONES)	Restringir el inicio de operaciones mineras mediante una regulación municipal (véase Res. N.º 0264-2007/ CAM-Indecopi).	La autorización para actividades mineras se encuentra a cargo del Poder Ejecutivo y no de las municipalidades.
LEG. DE FONDO (INFRACCIÓN DIRECTA)	Que la entidad exija documentos que ella misma ya posee (véase Res. N.º 0681-2013/SDC-Indecopi).	La ley sobre simplificación de trámites prohíbe expresamente este tipo de exigencias.
LEGALIDAD DE FORMA	Exigencia de un tributo municipal aprobado por decreto de alcaldía (ver Res. N.º 0109-2013/CEB-Indecopi).	Las leyes sobre tributos municipales exigen que estos sean aprobados por ordenanza.

Elaboración propia

TABLA N.º 2 EJEMPLIFICACIÓN DEL ANÁLISIS DE RAZONABILIDAD

BARRERA BUROCRÁTICA: «LA PROHIBICIÓN DE ABRIR MÁS ALLÁ DE LAS TRES DE LA MADRUGADA EN BARES Y DISCOTECAS»		
CRITERIOS DE ANÁLISIS	INFORMACIÓN BRINDADA POR LA ENTIDAD	EVALUACIÓN DE LA CEB
INTERÉS PÚBLICO	Solucionar problemas de seguridad.	El Tribunal Constitucional ha señalado que las restricciones horarias de funcionamiento no pueden utilizarse para problemas de seguridad. Para ello debe de implementarse un mejor sistema de seguridad por parte de la municipalidad.
PROPORCIONALIDAD	No se han evaluado los costos para las empresas.	Incumple claramente con este nivel de análisis.
AFECTACIÓN MENOR (OPCIONES)	La entidad alega que la fiscalización le es muy costosa.	El ahorro de costos debe pensarse respecto del afectado, no de la entidad. Existen otras opciones regulatorias como, por ejemplo, imponer horarios por zonas especiales (generadoras del problema) o sancionar solo a quienes incumplen normas de tranquilidad.

Elaboración propia

TABLA N.º 3
RESUMEN DEL PROCEDIMIENTO (POST-RESOLUCIÓN FINAL) VIGENTE ANTES
DE LA LEY N.º 28996

	CONSEJO DE MINISTROS (BARRERAS EN D.S./R.M.)	CONCEJO MUNICIPAL O REGIONAL (BARRERAS EN ORDENANZAS)
Si la autoridad no respondía dentro de los 30 días	Se entendía fundada la denuncia y el denunciante podía recurrir al Poder Judicial para interponer una demanda de cumplimiento.	
Si la autoridad respondía dentro del plazo manteniendo la barrera	El Indecopi debía interponer una demanda de Acción Popular.	La CEB debía recurrir a la Defensoría del Pueblo, quien decidía si presentaba una Demanda de Inconstitucionalidad.

Elaboración propia

TABLA N.º 4
COMPARACIÓN ENTRE «ELIMINACIÓN GENERAL» Y «PARTICULAR» (O
INAPLICACIÓN)

	ELIMINACIÓN GENERAL	ELIMINACIÓN PARTICULAR (INAPLICACIÓN)
TIPO DE BARRERA	Toda barrera contenida en normas administrativas, menos ordenanzas y decretos supremos.	Toda barrera contenida en normas administrativas, inclusive ordenanzas y decretos supremos.
BASE LEGAL	Artículo 26 BIS del Decreto Ley N.º 25868.	Artículo 26 BIS del Decreto Ley N.º 25868 y artículo 48 de la Ley N.º 27444.

Elaboración propia