

Vigencia de la metodología de análisis de casos aplicada en materia de eliminación de barreras burocráticas

(Redefiniendo los alcances del Precedente de Observancia Obligatoria sancionado por Resolución 182-97-TDC, a la luz de la Ley 27444)



ALFREDO LINDLEY-RUSO

Abogado por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.
Magíster en Derecho de la Competencia y de la Propiedad Intelectual
por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Jefe del área encargada de los procedimientos sancionadores en la
Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del INDECOPI.

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Definición legal de barrera burocrática:
 - 1. ¿Qué es una barrera burocrática?
 - 2. ¿Quién la emite?
 - 3. ¿Cómo se materializa?
- III. Clasificación de las barreras burocráticas:
 - 1. En función a los efectos que generan;
 - 2. En función al grado de inmediatez en que producen sus efectos;
 - 3. En función al modo en que han sido cuestionadas;
 - 4. En función al motivo de su eliminación.
- IV. Metodología de análisis.
- V. Vigencia del POO en la actualidad.
- VI. Conclusiones.
- VII. Recomendaciones.



"Es mejor saber después de haber pensado y discutido, que aceptar los saberes que nadie discute para no tener que pensar."
Fernando Savater¹

I. INTRODUCCIÓN

Al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, el INDECOPI) se le ha encomendado velar, en sede administrativa, por la pre-

servación de seis mandatos constitucionales, a saber, propiedad intelectual (artículo 2)², libre iniciativa privada (artículo 58)³, libertad de empresa, comercio e industria (artículo 59)⁴, rol subsidiario del Estado (artículo 60)⁵, libre competencia (artículo 61)⁶ y protección al consumidor (artículo 65)⁷. Desde esa óptica, se puede afirmar que el INDECOPI es el organismo administrativo que se encarga de tutelar casi todo del régimen constitucional económico, que se inicia en el artículo 58 y finaliza en el 65 de nuestra Constitución⁸.

1. Cit. por JACOBS MARTÍNEZ, Mónica. *Antropología de la libertad*. Primera Edición. Lima, 2006, p. 25.

2. Constitución Política del Perú

Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

(...)

B. A la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto. El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión.

(...)

3. Constitución Política del Perú

Artículo 58.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

4. Constitución Política del Perú

Artículo 59.- El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

5. Constitución Política del Perú

Artículo 60.- El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.

Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.

6. Constitución Política del Perú

Artículo 61.- El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios,

La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.

7. Constitución Política del Perú

Artículo 65.- El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población.

8. Los únicos artículos constitucionales que aparentemente habrían quedado fuera de las competencias del

En el caso de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (en adelante, la CEB), son la libre iniciativa privada y libertad de empresa su razón de ser. Estos derechos se ven afectados cuando la Administración Pública ejerce sus potestades administrativas. En ese contexto, lo que pretende este órgano resolutorio es garantizar que se mantenga un equilibrio entre el interés privado de ejercer estos derechos constitucionalmente reconocidos⁹ y el interés público¹⁰ que sustenta las actuaciones de las entidades del Estado.

Como es de prever, ambos intereses se contraponen. Mientras que los agentes económicos pugnan por un mayor espectro de libertades económicas, las entidades de la Administración Pública ponderan siempre en primer lugar el interés público. Esta interacción genera una

constante tensión entre los agentes económicos y las entidades de la Administración Pública; y, quien tiene las mayores opciones de ganar en dicha "contienda", son –evidentemente– estas últimas, por cuanto pueden ejercer su poder de imperio frente a los particulares.

De ahí que cuando en el ejercicio de dicho poder se vulnera alguna disposición legal o carece de razonabilidad, es necesario que alguien intervenga y elimine dicha actuación ilegal o carente de razonabilidad con el objeto de restablecer el equilibrio entre los intereses privados y los públicos. Esta atribución se le ha encargado al INDECOPI, a través de la CEB.

Desde abril de 1996¹¹ (en que se creó la Comisión de Acceso al Mercado¹²), a la fecha, el

INDECOPI, son los artículos 62 (libertad de contratar), 63 (inversión nacional y extranjera) y 64 (tenencia y disposición de moneda extranjera), que a continuación se reproducen:

Artículo 62.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.

Artículo 63.- La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas.

En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero.

El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.

Artículo 64.- El Estado garantiza la libre tenencia y disposición de moneda extranjera.

9. Entendido como el derecho que tiene todo agente económico a desarrollar las actividades económicas de su preferencia y organizarse para ello de la manera que mejor prefiera, con un único límite posible: el ordenamiento jurídico. Es decir, mientras sean actividades económicas legales y las formas de organización elegidas no contravengan lo dispuesto en la Ley General de Sociedades, Código Civil u otros, el privado cuenta con un derecho protegible por nuestra Constitución.
10. Esto es, el interés de la comunidad a la cual la Administración Pública debe servir. Por ejemplo, prevenir la propagación de enfermedades o catástrofes; construir y reparar pistas y veredas, etc.; normas de seguridad y sanidad; etc. No es pues, el interés propio de los funcionarios del aparato administrativo.
11. Si bien antes de la creación de esta Comisión, existía en el INDECOPI la Comisión de Simplificación del Acceso y Salida del Mercado, este no era un órgano especializado en eliminar barreras de acceso, sino en temas de reestructuración patrimonial.
12. Creada mediante el artículo 50 del Decreto Legislativo 807 (publicado el 18 de abril de 1996), que incorpora el artículo 26 BIS en el Decreto Ley 25868.

Derecho de Eliminación de Barreras Burocráticas ha evolucionado desde ser concebido como una herramienta que por lo general "sugiere" la desaparición de restricciones al acceso y permanencia de los agentes económicos en el mercado, hasta consolidarse como un verdadero *instrumento de eliminación* de restricciones que afectan negativamente el desempeño de los agentes económicos en el mercado.

Esta materia aún poco conocida en nuestro medio, es una creación peruana¹³ y se ha desarrollado y consolidado con la jurisprudencia administrativa y conforme a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

Uno de los referentes en dicho desarrollo jurisprudencial es, sin duda alguna, la metodología de análisis de casos aprobada mediante Precedente de Observancia Obligatoria sancionado por Resolución 182-97-TDC del 16 de julio de 1997 y publicada el 20 de agosto del mismo año (en adelante, el POO).

Con el transcurrir de los años, el POO ha sido el punto de partida y la guía indispensable para que los funcionarios del INDECOPI puedan llevar a cabo el análisis y resolución de la mayoría de casos tramitados ante la CEB.

Luego de transcurridos más de 15 años desde que se emitió dicha Resolución y más de 10 años que se publicó la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General¹⁴, conviene replantearse y cuestionar el alcance de la aplicación de la referida metodología.

Previamente, será necesario presentar el concepto de barreras burocráticas y sistematizar por primera vez en un documento escrito, una clasificación de los diversos tipos de barreras existentes, según han sido reconocidos por la jurisprudencia del INDECOPI.

Con estos conceptos claros, podremos vislumbrar con mayor claridad los verdaderos alcances del POO en la actualidad y sugerir una modificación en su utilización.

II. DEFINICIÓN LEGAL DE BARRERA BUROCRÁTICA

El artículo 2 de la Ley 28996, Ley de Eliminación de Sobrecostos, Trabas y Restricciones a la Inversión Privada establece:

Ley 28996

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 27444 y que limitan la competitividad empresarial en el mercado.

De dicha definición se pueden identificar los siguientes elementos esenciales.

1. ¿Qué es una barrera burocrática?

Son exigencias, requisitos, prohibiciones o cobros establecidos mediante actos o disposiciones administrativas.

2. ¿Quién la emite?

Entidades en ejercicio de su función administrativa. Nótese que la expresión utilizada es "*entidades en ejercicio de su función administrativa*" y no "*entidades del Estado*". Si bien, por lo general son las entidades del Estado las que ejercen *función administrativa*, no todas las actuaciones estatales importan el ejercicio de dicha función, ni todo aquel que ejerce función administrativa es

13. Cfr.: MARAVI SUMAR, Milagros. Eliminación de Barreras Burocráticas. En *Colección por el Vigésimo Aniversario del INDECOPI*. Lima, 2013, pp. 54-56.

14. En vigencia desde el 11 de octubre de 2001.

una entidad estatal. Por ejemplo, al emitir leyes, el Congreso no ejerce función administrativa, sino legislativa. Del mismo modo, al dictar una sentencia, el órgano judicial no ejerce función administrativa, sino jurisdiccional. Por su parte, los colegios profesionales, los notarios o las universidades que emiten títulos "a nombre de la Nación", bien podrían ser considerados como entidades privadas que ejercen función administrativa.

3. ¿Cómo se materializa?

En actos (alcance particular) o disposiciones (alcance general). Pero ¿qué se entiende por acto? La definición legal no precisa que los "actos" a los que hace mención tengan que ser necesariamente "actos administrativos", ya que lo único que exige es que éstos hayan sido emitidos por entidades de la administración pública. Así, legalmente no se ha negado la posibilidad de que las barreras burocráticas también puedan ser establecidas mediante "simples actos de la administración pública", por ejemplo. Más aún, si entendemos al término "acto" en un sentido lato (es decir como una "actuación en general") podemos considerar que incluso a través de "hechos administrativos" se podrían imponer exigencias, requisitos, prohibiciones o cobros que puedan calificar como barreras burocráticas.

No obstante, en reiterada jurisprudencia del INDECOPI¹⁵ se ha establecido de manera consistente que el término "acto" del artículo 2 de la Ley 28996 debe entenderse como "acto administrativo". Ello porque una posible inaplicación (o eliminación al caso concreto) que es el objetivo último del procedimiento de identificación y eliminación de barreras burocráticas, no podría alcanzar a los simples actos de la administración (porque se agotan en el ámbito interno de la propia administración, ya que se orientan exclusivamente a la búsqueda de la eficacia de

los resultados de la gestión pública¹⁶) o a los hechos administrativos (porque resulta imposible disponer que no se aplique un comportamiento material ya realizado con anterioridad).

Por otro lado, el debate planteado en el acápite anterior no resulta tan provocador en cuanto al término disposiciones, ya que desde el momento en que son emitidas por entidades de la administración pública no cabe duda de que se trata de disposiciones administrativas, vale decir reglamentos administrativos (verbigracia, decretos supremos, decretos de alcaldía, etc.).

Sin perjuicio de ello, entre las "disposiciones" a que se refiere el artículo 2 de la Ley 28996, también se incluyen las ordenanzas de alcance municipal o regional. Ello se deriva del contenido del artículo 26 BIS del Decreto Ley 25868, leído en forma concordada con el artículo 48 de la Ley 27444, que a la letra señalan lo siguiente:

Decreto Ley 25868

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 (...).
(Énfasis añadido)

Ley 27444

Artículo 48.- Asimismo, tratándose de procedimientos iniciados de oficio por la Comisión de Acceso al Mercado, el INDECOPI podrá interponer la demanda de acción popular contra barreras burocráticas contenidas en decretos supremos, a fin de lograr su modificación o derogación y, con el mismo propósito, acudir a la Defensoría

15. Tanto de la Comisión de Acceso al Mercado, luego CEB, así como de la Sala de Defensa de la Competencia, luego Sala de Defensa de la Competencia N° 1 y posteriormente Sala Especializada en Defensa de la Competencia.

16. Cfr.: MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Quinta edición. Gaceta jurídica, 2006, p. 128.

ría del Pueblo para que se interponga la demanda de inconstitucionalidad contra barreras burocráticas contenidas en normas municipales y regionales de carácter general, que tengan rango de ley (...).
(Énfasis añadido)

Gráficamente, la definición legal de barrera burocrática puede ser visualizada de la siguiente manera (gráfico 1)

Finalmente, es necesario indicar que las barreras burocráticas no son malas por sí mismas. De hecho podemos afirmar que son hasta necesarias y beneficiosas para una sociedad porque compatibilizan el derecho a la libre iniciativa privada y la libertad de empresa, con el interés público¹⁷. Únicamente, las barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad son negativas y deben ser combatidas. En efecto, si bien la imposición de barreras burocráticas no es algo negativo *per-se* la actuación de la Administración Pública en un Estado Democrático de Derecho debe cumplir escrupulosamente con los parámetros establecidos en el marco legal vigente, y seguir criterios mínimos de razonabilidad.

III. CLASIFICACIÓN DE LAS BARRERAS BUROCRÁTICAS

Las barreras burocráticas pueden ser clasificadas desde distintos punto de vista, según el criterio

de clasificación elegido. Estos criterios han sido esbozados por la jurisprudencia administrativa y los podemos denominar de la siguiente manera:

- En función a los efectos que generan.
- En función al grado de inmediatez en que producen sus efectos.
- En función al motivo de su eliminación.
- En función al modo en que han sido cuestionados.

A continuación veremos cada uno de estos criterios.

1. En función a los efectos que generan

Según los efectos que generan, las barreras burocráticas se clasifican en:

- a) Barreras burocráticas que afectan el desarrollo de las actividades económicas: Estas a su vez se sub-clasifican en:
 - Barreras burocráticas de acceso al mercado: Son aquellas restricciones que le impiden u obstaculizan, a los agentes económicos (es necesario que se realice una actividad económica o que se desee realizar una nueva actividad económica), el ingreso a

Gráfico 1



17. Así sucede, por ejemplo, en las solicitudes de licencia de funcionamiento, donde la autoridad municipal verifica, además de las condiciones de seguridad en defensa civil cuando corresponda, la zonificación y la compatibilidad de usos para evitar que en el lugar donde se desarrolle la actividad económica, se produzcan efectos molestos para los vecinos. Así, en aras de conseguir que el impacto comunitario sea el menor posible, se distribuye el distrito en áreas y se determina dónde es posible llevar a cabo determinadas actividades económicas. Así, ciertos agentes económicos no podrán desarrollar su negocio

un mercado. Por ejemplo: la exigencia de tramitar una licencia de funcionamiento, la exigencia de obtener un Registro Único de Contribuyentes, la exigencia de constituir una empresa y registrarla en la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, la exigencia de obtener registros sanitarios o autorizaciones sectoriales, etc.

- **Barreras burocráticas de permanencia en el mercado:** Son aquellas restricciones que le dificultan, a los agentes económicos (es necesario que se realice una actividad económica), mantenerse en un mercado. Por ejemplo: la exigencia de tramitar una renovación de la licencia de funcionamiento, un cambio en la zonificación del distrito, nuevos límites a la antigüedad de los vehículos, restricciones de horario para funcionamiento de locales (los conocidos "planes zanahoria"), etc.
- b) **Barreras burocráticas que afectan las normas y principios de Simplificación Administrativa:** Son aquellas restricciones que dificultan, entorpecen o vuelven engorrosos los trámites administrativos no solo para los agentes económicos sino también para los ciudadanos en general (no

es necesario que realicen o se desee realizar una actividad económica). Por ejemplo: los procedimientos para la obtención del Documento Nacional de Identidad, pasaporte, título profesional ante una universidad, constancias de matrimonio, certificados de posesión de inmuebles, los derechos de tramitación, desconocimiento del silencio administrativo positivo aplicable en los distintos procedimientos, etc.

- c) **Barreras burocráticas impuestas mediante tributos municipales que restringen el libre tránsito de personas, bienes, animales y mercaderías:** Se vinculan con el encargo especial de supervisar que el cobro de tasas y contribuciones no incumplan el artículo 61 de la Ley de Tributación Municipal. Al igual que en las barreras de simplificación administrativa, su ámbito de protección no se limita a las personas que realizan actividades económicas, sino a cualquiera que vea restringido su derecho al libre tránsito mediante este tipo de cobros. Por ejemplo: los cobros para entrar a las playas del litoral en un distrito.

Gráficamente, la clasificación puede ser visualizada de la siguiente manera (gráfico 2).

Gráfico 2



en lugares específicos por cuanto ello afectaría negativamente a quienes se encuentran en determinada zona residencial. Asimismo, en algunos casos las barreras burocráticas pueden ser capaces de reducir los costos de transacción. Así ocurre con la exigencia de tramitar registros sanitarios sin los cuales, los "costos no contratados" de comercializar galletas que podrían generar potenciales daños a la salud, serían mayores a los beneficios de no contar con dicha barrera burocrática.

2. En función al grado de inmediatez en que producen sus efectos

Un empresario se puede ver perjudicado, ya sea porque la exigencia administrativa cuestionada le es impuesta directamente a él como proveedor o porque le es impuesta a sus clientes, generando como efecto indirecto una restricción de su demanda¹⁸. De ese modo, en función al grado de inmediatez en que produce sus efectos, las barreras burocráticas se clasifican en:

- a) Barreras burocráticas directas: Son aquellas que afectan de manera directa al administrado, por cuanto el acto o la disposición que la contiene, impone exigencias, requisitos, prohibiciones o cobros que recaen sobre el propio agente económico que cuestiona la barrera burocrática.
- b) Barreras burocráticas indirectas: Son aquellas que afectan de manera indirecta al administrado, por cuanto el acto o la disposición que la contiene, impone exigencias, requisitos, prohibiciones o cobros que no recaen directamente sobre el propio agente económico que cuestiona la barrera burocrática, sino sobre sus clientes, con lo cual se generan efectos igualmente negativos o perjudiciales para el denunciante. El alcance indirecto de la barrera burocrática, supone que elemento trascendente de su definición viene dado por los efectos perjudiciales que la disposición o acto administrativo produce sobre el empresario denunciante¹⁹; y es que:

"el correcto funcionamiento del mercado depende de la libre interacción de la oferta y la demanda y, desde ese punto de vista, es evidente que los agentes económicos que participan en el mercado proveyendo

bienes y servicios verán limitada su libertad de empresa no solo cuando se impongan requisitos que establezcan condiciones para la permanencia o entrada de los agentes que participan del lado de la oferta, sino también cuando estos requisitos se exijan a los consumidores que componen la demanda, restringiendo con ello la capacidad que tienen de interactuar en el mercado y contratar los servicios o bienes ofrecidos por los empresarios."²⁰

3. En función al modo en que han sido cuestionadas

Según el modo en que han sido cuestionadas, las barreras burocráticas se clasifican en²¹:

- a) Barreras burocráticas cuestionadas en concreto: El denunciante encuentra la barrera burocrática en el marco de un procedimiento administrativo que sigue ante la entidad denunciada, por lo que en dicho supuesto, el INDECOPI debe evaluar la legalidad y razonabilidad de la barrera burocrática aplicada en dicho procedimiento administrativo. Las barreras burocráticas cuestionadas en concreto suelen ser actos administrativos que, por definición, son emitidos en el marco de un procedimiento administrativo, generando efectos jurídicos particulares sobre el administrado; o, disposiciones administrativas cuya aplicación al caso concreto del denunciante ha sido acreditado a través de algún documento (resolución, oficio, carta, liquidación, etc.).
- b) Barreras burocráticas cuestionadas en abstracto: El denunciante encuentra la barrera burocrática fuera de un procedimiento administrativo, por lo que el INDECOPI debe realizar una evaluación en abstracto de la

18. Cfr.: Resoluciones 1026-2012/SDC1 y 1556-2012/SC1-INDECOPI.

19. Cfr.: Resolución 1556-2012/SC1-INDECOPI.

20. Cfr.: Resolución 1556-2012/SC1-INDECOPI.

21. Cfr.: Resolución 0089-2009/SC1-INDECOPI, Resolución 0021-2008/SC1-INDECOPI, Resolución 1286-2008/TDC-INDECOPI y Resolución 0055-2012/CEB-INDECOPI.

legalidad y razonabilidad de dicha barrera. Las barreras burocráticas cuestionadas en abstracto suelen ser cuestionamientos de normas administrativas cuya aplicación al caso específico de la denunciante no ha sido acreditada en el expediente.

4. En función al motivo de su eliminación

- a) Barreras burocráticas ilegales: Son aquellas exigencias, requisitos, prohibiciones o cobros que contravienen el ordenamiento jurídico.
- b) Barreras burocráticas carentes de razonabilidad: Son aquellas exigencias, requisitos, prohibiciones o cobros que carecen de una justificación, una sustentación satisfactoria o, no son una elección eficiente.

IV. METODOLOGÍA DE ANÁLISIS

Como hemos visto, una de las formas de clasificación a las barreras burocráticas, es en función al motivo de su eliminación. Es decir, si son ilegales o irracionales. Asimismo, hemos visto que no todas las barreras burocráticas son malas o negativas. Solo son negativas las barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad. Pero para saber cuándo estamos frente a una barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad, es menester conocer el POO que establece la metodología de análisis que se debe realizar a efectos de verificar la legalidad y/o carencia de razonabilidad de una barrera burocrática.

Según el POO, las barreras burocráticas ilegales son aquellas exigencias, requisitos, prohibiciones o cobros que:

- Exceden el ámbito de competencia de la entidad que las impone (**legalidad de fondo – competencial**).

Por ejemplo, una municipalidad distrital establece la obligación de contar con licencia de funcionamiento para el desarrollo de actividades mineras dentro de su distrito por razones ambientales, cuando en realidad:

- i) Las licencias de funcionamiento solamente pueden ser exigidas por razones de zonificación y únicamente en espacios urbanos.
- ii) La afectación ambiental producida por las actividades mineras se encuentra a cargo del OSINERGMIN.
- iii) El funcionamiento de una planta o yacimiento minero es determinado por la concesión correspondiente, otorgada por el Ministerio de Energía y Minas.

- Contravienen el marco legal promotor de la libre iniciativa privada (**legalidad de fondo – por incompatibilidad [Tipo A]**).

Por ejemplo, la suspensión en el otorgamiento de autorizaciones para prestar el servicio de transporte interprovincial en determinadas rutas, dispuesta por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, por motivos de sobreoferta en el mercado, cuando en la decisión de invertir en determinado sector económico es una decisión propia del empresario en ejercicio de su libre iniciativa privada la cual se encuentra garantizada en el Decreto Legislativo 757.

- Contravienen las normas y principios de simplificación administrativa (**legalidad de fondo – por incompatibilidad [Tipo B]**).

Por ejemplo, para la obtención de una licencia de construcción, una municipalidad exige pagar un derecho de tramitación determinado en función al valor de la obra que se va a autorizar, pese a que la Ley 27444 dispone que únicamente procede establecer derechos de tramitación en función del costo derivado de las actividades dirigidas a analizar lo solicitado (numeral 44.1 del artículo 44), al importe del costo que su ejecución genera para la entidad por el servicio prestado durante toda su tramitación y, en su caso, por el costo real de producción de documentos

que expida la entidad (numeral 45.1 del artículo 45)²².

- No respetan los procedimientos y formalidades necesarios para su imposición (**legalidad de forma**).

Por ejemplo, una municipalidad establece el pago de un derecho de tramitación por

obtener una licencia de funcionamiento, pero no lo aprueba por ordenanza municipal sino por decreto de alcaldía y además, no publica dicha norma, pese a que la Ley Orgánica de Municipalidades dispone lo contrario²³.

Según el POO, la legalidad de una medida debe realizarse pasando por cada una de las conside-

22. Ley 27444

Artículo 44.- Derecho de tramitación

44.1. Procede establecer derechos de tramitación en los procedimientos administrativos, cuando su tramitación implique para la entidad la prestación de un servicio específico e individualizable a favor del administrado, o en función del costo derivado de las actividades dirigidas a analizar lo solicitado; salvo en los casos en que existan tributos destinados a financiar directamente las actividades de la entidad. Dicho costo incluye los gastos de operación y mantenimiento de la infraestructura asociada a cada procedimiento.

(...)

Artículo 45.- Límite de los derechos de tramitación

45.1 El monto del derecho de tramitación es determinado en función al importe del costo que su ejecución genera para la entidad por el servicio prestado durante toda su tramitación y, en su caso, por el costo real de producción de documentos que expida la entidad. Su monto es sustentado por el funcionario a cargo de la oficina de administración de cada entidad.

(...)

23. Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades

Artículo 39.- Normas Municipales

Los concejos municipales ejercen sus funciones de gobierno mediante la aprobación de ordenanzas y acuerdos. Los asuntos administrativos concernientes a su organización interna, los resuelven a través de resoluciones de concejo.

El alcalde ejerce las funciones ejecutivas de gobierno señaladas en la presente ley mediante decretos de alcaldía. Por resoluciones de alcaldía resuelve los asuntos administrativos a su cargo.

Las gerencias resuelven los aspectos administrativos a su cargo a través de resoluciones y directivas.

Artículo 40.- Ordenanzas

Las ordenanzas de las municipalidades provinciales y distritales, en la materia de su competencia, son las normas de carácter general de mayor jerarquía en la estructura normativa municipal, por medio de las cuales se aprueba la organización interna, la regulación, administración y supervisión de los servicios públicos y las materias en las que la municipalidad tiene competencia normativa.

Mediante ordenanzas se crean, modifican, suprimen o exoneran, los arbitrios, tasas, licencias, derechos y contribuciones, dentro de los límites establecidos por ley.

Las ordenanzas en materia tributaria expedidas por las municipalidades distritales deben ser ratificadas por las municipalidades provinciales de su circunscripción para su vigencia.

Para efectos de la estabilización de tributos municipales, las municipalidades pueden suscribir convenios de estabilidad tributaria municipal; dentro del plazo que establece la ley. Los conflictos derivados de la ejecución de dichos convenios de estabilidad serán resueltos mediante arbitraje.

Artículo 44.- Publicidad De Las Normas Municipales

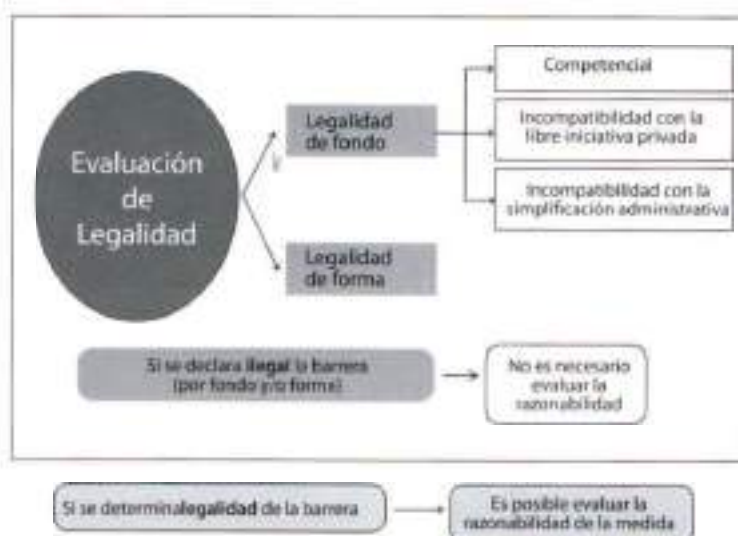
Las ordenanzas, los decretos de alcaldía y los acuerdos sobre remuneración del alcalde y dietas de los regidores deben ser publicados:

raciones antes expuestas. Si en el transcurso se determina que la barrera burocrática es ilegal, no es necesario evaluar la razonabilidad de la medida. Pero si la barrera burocrática supera todos los análisis de legalidad, recién se podría evaluar la posibilidad de analizar la razonabilidad de la medida.

Gráficamente, el POO se puede entender de la siguiente manera (grafico 3).

Con relación a la evaluación de razonabilidad y proporcionalidad de una disposición normativa que restringe derechos a las personas, cabe mencionar que esta no resulta exclusiva del ordenamiento jurídico peruano, sino que es aplicada de manera similar por distintos tribunales en el mundo²⁴ y administraciones públicas²⁵, que buscan una mejora regulatoria. Con este tipo de evaluación lo que se pretende es que las exigencias y prohibiciones que se imponen a los

Gráfico 3



1. En el Diario Oficial El Peruano en el caso de las municipalidades distritales y provinciales del departamento de Lima y la Provincia Constitucional del Callao.

2. En el diario encargado de las publicaciones judiciales de cada jurisdicción en el caso de las municipalidades distritales y provinciales de las ciudades que cuenten con tales publicaciones, o en otro medio que asegure de manera indubitable su publicidad.

3. En los carteles municipales impresos fijados en lugares visibles y en locales municipales, de los que dará fe la autoridad judicial respectiva, en los demás casos.

4. En los portales electrónicos, en los lugares en que existan.

Las normas municipales rigen a partir del día siguiente de su publicación, salvo que la propia norma postergue su vigencia.

No surten efecto las normas de gobierno municipal que no hayan cumplido con el requisito de la publicación o difusión.

24. Sobre la evolución del análisis de proporcionalidad (Proportionality analysis - PA) en distintos países del mundo, ver: STONE SWEET, Alec y JUD MATHEWS. "Proportionality Balancing and Global Constitutionalism". Faculty Scholarship Series, 2008, Paper 14 (Consulta en: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/14>). Asimismo, ver CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2009. En dicha publicación se desarrolla el test de proporcionalidad que emplea el Tribunal Constitucional Federal Alemán; esta metodología consiste de manera básica en desarrollar tres principios: (i) el de idoneidad; (ii) el de necesidad; y, (iii) el de proporcionalidad.

25. En países como Estados Unidos de Norteamérica (EE.UU.), México (MX), Reino Unido (RU), entre otros, existen agencias dependientes del Gobierno, encargadas de verificar, de revisar las regulaciones y trámites administrativos

particulares hayan sido producto de un proceso de análisis por parte de la autoridad en la que se justifique la necesidad y la proporcionalidad en atención a un interés público, de tal manera que la medida sea más beneficiosa que los costos sociales que ésta va a generar.

Según el POO, las barreras burocráticas carentes de razonabilidad son aquellas exigencias, requisitos, prohibiciones o cobros que carecen de:

- Una justificación: No se justifican en un interés público a tutelar o no son idóneas para cumplir con éste.
- Una sustentación satisfactoria: Guardando relación con un interés público son desproporcionadas (costos mayores a los beneficios).
- Una elección eficiente: No es la opción menos gravosa que existe para tutelar el interés público.

Téngase en cuenta que si bien el POO dispone que el análisis de razonabilidad se realizará necesariamente cuando se haya determinado la legalidad de la barrera burocrática cuestionada, no prohíbe llevar este análisis cuando la barrera sea declarada ilegal. Con lo cual reconoce la posibilidad de llevar a cabo el análisis de razonabilidad incluso si se ha declarado la ilegalidad de la medida.

Cabe anotar que en ocasiones resulta conveniente llevar a cabo el análisis de razonabilidad sin perjuicio de haberse declarado la ilegalidad de la medida. Es el caso de las barreras burocráticas ilegales por cuestiones de forma. Y es que, de no analizar la razonabilidad en este tipo de casos, si la entidad subsana la deficiencia formal, podríamos estar frente a una barrera burocrática irracional, que bien pudo quedar eliminada en el procedimiento respectivo.

Ahora bien, según el POO, para analizar la razonabilidad de una barrera burocrática se debe pasar por dos etapas claramente diferenciadas. La primera, en la cual el denunciante debe aportar elementos de juicio sobre (1) la existencia de tratamientos discriminatorios en la medida, (2) una carencia de fundamentos de ésta, o (3) la presencia de excesos con relación a los fines que pretende alcanzar. Solo si se han aportado indicios de este tipo (o en todo caso, si el INDECOPI los obtiene por otro medio, en virtud de principio de verdad material), es posible seguir con la segunda etapa de análisis. De lo contrario, no se podría valorar la razonabilidad de la medida cuestionada.

En la segunda etapa, una vez que se hayan aportado los indicios respectivos, la entidad denunciada asume la carga de la prueba debiendo acreditar el cumplimiento de los siguientes aspectos²⁶:

que impactan en las actividades económicas y en los ciudadanos, manera previa a su emisión. Se exige que las entidades públicas que imponen estas deposiciones remitan información y documentación que sustente su necesidad y justificación económica en atención al interés público que se desea tutelar. Las agencias antes mencionadas son: (i) en EE.UU, la Oficina de Información y Regulación para los negocios (Office of Information and Regulatory Affairs); (ii) en MX, la Comisión Federal de Mejora Regulatoria (COFEMER); y, (iii) en RU, el Comité de Política Regulatoria (Regulatory Policy Committee).

26. A través de la Resolución 182-97-TDC, el Tribunal de INDECOPI estableció lo siguiente:

"En tal sentido, la entidad denunciada tiene la carga de probar ante la Comisión: (i) El interés público que justificó la medida impugnada y los beneficios para la comunidad que se esperaban obtener con ella. Por ejemplo, indicando en qué forma y en qué medida se había previsto que la exigencia impuesta contribuiría con el fin propuesto. (ii) Que las cargas o restricciones impuestas sobre los administrados eran adecuadas o razonables, teniendo en cuenta los fines que se pretendía alcanzar; lo que significa haber evaluado la magnitud y proporcionalidad de los costos que los agentes económicos deberían soportar, así como los efectos que tales cargas tendrían sobre las actividades productivas. (iii) Que existen elementos de juicio que permiten arribar a la conclusión, en términos generales, que la exigencia cuestionada era una de las opciones menos gravosas para los interesados, en relación con las demás opciones existentes para lograr el fin previsto. Ello implica demostrar que se analizó otras alternativas que permitieran alcanzar el mismo objetivo a un menor costo y exponer las razones por las que fueron descartadas."

- a) Que la barrera cuestionada se encuentra justificada por un interés público y que es idónea para solucionar el problema que lo afecta.
- b) Que la barrera cuestionada es proporcional a los fines que quiere alcanzar. En otras palabras, que los beneficios obtenidos por la restricción son mayores que los costos impuestos por ella. Al respecto, cabe indicar que el POO establece que para determinar la proporcionalidad de una medida la Administración Pública debe haber evaluado la magnitud de los costos que los agentes económicos afectados deberán soportar a consecuencia de la restricción²⁷ en comparación con los beneficios que la restricción genera para la sociedad. Sobre el particular, el Tribunal del INDECOPI ha señalado que la entidad denunciada tiene la carga de probar que su medida es proporcional, no pudiendo argumentar que tomó una decisión razonable si no demuestra que consideró y evaluó los costos y beneficios derivados de la implementación de dicha medida antes de su emisión²⁸.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, mediante Sentencia emitida el 18 de marzo de 2009 en el Expediente 04466-2007-PA/TC²⁹, indicó que:

"A través del juicio de proporcionalidad en sentido estricto, se busca establecer si la medida guarda una relación razonable con el fin que se pretende alcanzar, a través de un balance entre sus costos y sus beneficios".

Teniendo en cuenta lo señalado, las entidades denunciadas tienen la carga de acreditar que los beneficios de imponer la barrera burocrática cuestionada son mayores que sus costos. Esto puede efectuarse, ya sea a través de la presentación de estudios, informes u otros medios probatorios similares, que permitan verificar que el procedimiento de adopción de la decisión pública no ha sido arbitrario.

Debe tenerse en cuenta que la obligación que exige el POO, para que las entidades acrediten la proporcionalidad de las restricciones que imponen a los agentes económicos, no requiere necesariamente de un análisis demasiado sofisticado y detallado de la proporcionalidad, sino que se demuestre que la autoridad efectuó algún tipo de evaluación sobre el impacto negativo de la regulación a implementar sobre los agentes afectados.

- c) Que, en términos generales, la barrera cuestionada es la medida menos gravosa para el administrado con relación a otras opciones existentes. Para evaluar si una entidad denunciada optó por adoptar la opción menos gravosa o costosa para los afectados, es necesario que dicha entidad presente información y/o documentación que acredite que, con anterioridad a la imposición de la barrera, evaluó otras posibles opciones para conseguir el objetivo que pretende alcanzar con la colocación de hitos consolidados, así como los motivos por los que estas fueron desechadas.

27. En la Resolución 182-97-TDC, se establece lo siguiente en cuanto al análisis de proporcionalidad:

"En tal sentido, la entidad denunciada tiene la carga de probar ante la Comisión: (...) (ii) Que las cargas o restricciones impuestas sobre los administrados eran adecuadas o razonables, teniendo en cuenta los fines que se pretendía alcanzar; lo que significa haber evaluado la magnitud y proporcionalidad de los costos que los agentes económicos deberían soportar, así como los efectos que tales cargas tendrían sobre las actividades productivas. (...)"

28. Cfr.: Resoluciones 0922-2009/SC1-INDECOPI y 1511-2009/SC1-INDECOPI.

29. Posterior a la Sentencia 00850-2008-PA/TC.

Gráficamente, las dos etapas establecidas por el precedente se visualizan de la siguiente manera (gráfico 4).

Como ejemplo de barrera burocrática carente de razonabilidad, considérese que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones determina que todas las empresas de transporte del ámbito nacional deban tener un patrimonio mínimo neto de 1000 UIT. ¿Cómo evaluar la razonabilidad de la medida a la luz del POO?

Primero se analiza el fin que se propone alcanzar. Según el Ministerio, dicha medida tendría como finalidad la seguridad de los pasajeros, reducir cantidad de accidentes y garantizar la solvencia económica de las empresas para poder indemnizar rápidamente a las víctimas. Ante ello, conviene preguntarse: ¿la capacidad económica implica un mejor cumplimiento de normas o induce a reducir el índice de accidentes? La respuesta es evidentemente negativa. De ese modo, podemos afirmar que la medida no es idónea para satisfacer la finalidad pública que persigue, por lo que se trata de una medida carente de razonabilidad desde ese punto de vista.

Un segundo ejemplo. La exigencia impuesta por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones consistente en que la antigüedad máxima de permanencia de vehículos para prestar el servicio interprovincial de transporte sea de 15 años.

¿Cómo evaluar la razonabilidad de la medida a la luz del POO?

Como en el caso anterior, habrá que analizar el fin propuesto. Según el Ministerio, en este caso se trataría de la seguridad de los pasajeros y la cantidad de accidentes. Sin embargo, ¿la antigüedad de un vehículo afecta la seguridad de su funcionamiento? Una vez más la respuesta es negativa y la medida deviene en irracional por su falta de idoneidad.

Sin perjuicio de ello, en los dos ejemplos expuestos se debió acreditar la proporcionalidad de la medida. Sin embargo, el Ministerio no demostró haber realizado un análisis en el que se hayan contrastado los costos (para los administrados y para la administración pública) de implementar la medida, con los beneficios esperados (para la sociedad).

Asimismo, en ninguno de los dos casos se demostró que las medidas en cuestión eran las menos gravosas para el administrado dentro de una gama de opciones que pudo elegir el Ministerio. En efecto, para ambos ejemplos, bien podría haberse dispuesto una mejor supervisión de las empresas de transporte, revisiones técnicas más exhaustivas, fiscalización de las horas de sueño del conductor o su preparación, etc.

V. VIGENCIA DEL POO EN LA ACTUALIDAD

Gráfico 4



Luego de transcurridos pocos años desde que se emitió y publicó el POO³⁰, el 11 de abril de 2001 se publicó la Ley 27444 que entró en vigencia el 11 de octubre del mismo año. Entre las distintas disposiciones de dicha Ley, destacan para los efectos que nos interesan en el presente trabajo las siguientes:

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(...)

1.4. Principio de razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida

proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

Artículo 55.- Derechos de los administrados

Son derechos de los administrados con respecto al procedimiento administrativo, los siguientes:

(...)

10. A que las actuaciones de las entidades que les afecten sean llevadas a cabo en la forma menos gravosa posible.

(Énfasis añadido)

De ello se aprecia con meridiana claridad que lo que la Ley 27444 ha recogido en los mencionados dispositivos no es otra cosa que los criterios que el POO había considerado para analizar la razonabilidad de una medida que, en principio, sería legal³¹. La similitud se puede apreciar con mayor claridad en el siguiente cuadro:

UBICACIÓN CRITERIO	POO (1997)	LEY 27444 (2001)
Fin público	"En tal sentido, la entidad denunciada tiene la carga de probar ante la Comisión: (i) El interés público que justificó la medida impugnada y los beneficios para la comunidad que se esperaban obtener con ella. (ii) Que las cargas o restricciones impuestas sobre los administrados eran adecuadas o razonables, teniendo en cuenta los fines que se pretendía alcanzar. (...)"	"Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo 1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo: (...) 1.4. Principio de razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido." (Énfasis añadido).
Proporcionalidad	"Sobre la base de los elementos de juicio aportados por la entidad denunciada, corresponde a la Comisión efectuar un balance de los costes privados que se derivan de la exigencia cuestionada, frente a los posibles beneficios públicos previstos, a fin de determinar la racionalidad de la medida (esto es, si se encontraba justificada, si era proporcional a los fines previstos y si no generaba tratos discriminatorios). Debe recordarse que, dado que las exigencias impuestas sobre los agentes económicos generan sobrecostos para el funcionamiento del mercado, corresponde a la entidad denunciada probar la racionalidad de las cargas o restricciones establecidas."	

30. Emitido el 16 de julio de 1997 y publicado el 20 de agosto del mismo año.

31. Recuérdese que para analizar la razonabilidad de una barrera burocrática, previamente debía haber superado el análisis de legalidad.

Medida menos gravosa	"En tal sentido, la entidad denunciada tiene la carga de probar ante la Comisión: (...) (iii) Que existen elementos de juicio que permiten arribar a la conclusión, en términos generales, que la exigencia cuestionada era una de las opciones menos gravosas para los interesados, en relación con las demás opciones existentes para lograr el fin previsto."	"Artículo 55.- Derechos de los administrados Son derechos de los administrados con respecto al procedimiento administrativo, los siguientes: (...) 10. A que las actuaciones de las entidades que les afecten sean llevadas a cabo en la forma menos gravosa posible."
----------------------	---	---

Como se aprecia, desde que entró en vigencia la Ley 27444, cualquier análisis de razonabilidad no debía fundamentarse en el POO, sino en dicha disposición legal. De ese modo, ya no es posible alegar que una barrera burocrática era carente de razonabilidad, por cuanto todas las que pudieran ser calificadas de ese modo, habrían vulnerado algún artículo de la Ley 27444, por lo que debieron ser declaradas ilegales.

Empero, conviene precisar que lo anterior no significa que el POO haya perdido vigencia absoluta en lo que respecta al análisis de razonabilidad. Téngase en cuenta que, conforme el artículo II del Título Preliminar de la Ley 27444, las disposiciones contenidas en dicho dispositivo son aplicables a los procedimientos administrativos y a la regulación de procedimientos especiales³², pero no a cualquier tipo de regulaciones en general.

Así, cuando una entidad tiene competencias para regular un procedimiento administrativo

tramitado ante su entidad, dicha actuación regulatoria deberá someterse a las disposiciones establecidas en la Ley 27444. En cambio, si la entidad, contando con competencias, emite una regulación específica que no se enmarca dentro de un procedimiento administrativo, la Ley 27444 no podrá ser considerada como un parámetro a seguir.

Para aclarar mejor esta distinción planteamos el siguiente ejemplo. El numeral 3.6.4) del artículo 79 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, establece como función exclusiva de las municipalidades distritales, el normar, regular y otorgar licencias de apertura de establecimientos comerciales, industriales y de actividades profesionales de acuerdo con la zonificación³³. Dichas competencias alcanzan tanto la posibilidad de regular el procedimiento para el otorgamiento de una licencia de funcionamiento, como otro tipo de regulaciones que versen sobre el funcionamiento de establecimientos, tales como el establecimiento de horarios de

32. Ley 27444

Artículo II.- Contenido

1. La presente Ley regula las actuaciones de la función administrativa del Estado y el procedimiento administrativo común desarrollados en las entidades.

(...)

3. Las autoridades administrativas al reglamentar los procedimientos especiales, cumplirán con seguir los principios administrativos, así como los derechos y deberes de los sujetos del procedimiento, establecidos en la presente Ley.

33. Ley 27972

Artículo 79.- Organización del espacio físico y uso del suelo.

Las municipalidades, en materia de organización del espacio físico y uso del suelo, ejercen las siguientes funciones:
(...)

3. Funciones específicas exclusivas de las municipalidades distritales:

funcionamiento para los locales que operan en sus respectivas circunscripciones territoriales³⁴.

Así, cuando la municipalidad, en ejercicio de dichas atribuciones, emite una ordenanza estableciendo el procedimiento, los requisitos y los derechos de tramitación que se deben cumplir para acceder a una licencia de funcionamiento en su jurisdicción, debe observar, además de las disposiciones contenidas en la Ley Marco de Licencia de Funcionamiento, la Ley 27444. De ese modo, no podría por ejemplo disponer que durante el trámite no será de aplicación lo dispuesto en el numeral 125.5) del artículo 125 de la Ley 27444³⁵, por lo que si la documentación presentada no se ajusta a lo requerido impidiendo la continuación del procedimiento, se declarará en forma automática el abandono de la solicitud.

Pero si la municipalidad, en ejercicio de las atribuciones antes mencionadas, emite una

ordenanza estableciendo horarios de funcionamiento que deben cumplir los establecimientos en su jurisdicción, su facultad normativa en dicho no se encontraría supeditada a la Ley 27444.

En atención a lo expuesto, los criterios de razonabilidad recogidos en la Ley 27444 únicamente pueden ser aplicables en las barreras burocráticas que afectan las normas y principios de simplificación administrativa (ya sea en el marco de un procedimiento administrativo o al momento de regular un procedimiento especial), mientras que las barreras burocráticas que afectan el desarrollo de actividades económicas (ya sea por acceso o permanencia) continúan rigiéndose por los criterios establecidos en el POO.³⁶

VI. CONCLUSIONES

1. INDECOPI es el organismo administrativo que se encarga de tutelar casi todo del régimen constitucional económico en

3.6. Normar, regular y otorgar autorizaciones, derechos y licencias, y realizar la fiscalización de: (...)

3.6.4. Apertura de establecimientos comerciales, industriales y de actividades profesionales de acuerdo con la zonificación (...).

34. Lo mencionado ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional al pronunciarse acerca de los cuestionamientos efectuados a las restricciones horarias establecidas por las municipalidades, señalando que dichas medidas se encuentran comprendidas dentro del ámbito de competencias de tales entidades (Cfr.: sentencia recaída en el Expediente 00007-2006-AI, correspondiente a la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari, contra las Ordenanzas 212-2005 y 214-2005. Asimismo, la sentencia recaída en el Expediente 08746-2006/PA/TC, correspondiente a la demanda de amparo interpuesta por don Fidel Linares Vargas contra la Municipalidad Distrital de Chorrillos a fin de que se declare inaplicable la Ordenanza 055-MDCH).

35. Ley 27444

Artículo 125.- Observaciones a documentación presentada

(...)

125.5 Si la documentación presentada no se ajusta a lo requerido impidiendo la continuación del procedimiento, lo cual por su naturaleza no pudo ser advertido por la unidad de recepción al momento de su presentación, así como si resultara necesaria una actuación del administrado para continuar con el procedimiento, la Administración, por única vez, deberá emplazar inmediatamente al administrado, a fin de que realice la subsanación correspondiente. Mientras esté pendiente dicha subsanación son aplicables las reglas establecidas en los numerales 125.3.1 y 125.3.2. De no subsanar oportunamente lo requerido resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 191.

En este caso no resulta aplicable la queja a que se refiere el numeral 126.2 del artículo 126, salvo que la Administración emplace nuevamente al administrado a fin de que efectúe subsanaciones adicionales.

36. En cuanto a los tributos municipales que afectan el libre tránsito, conviene precisar que el mismo POO excluye de su alcance a este tipo de restricciones cuando de modo expreso señala lo siguiente: *"Para evaluar si aquellas exigencias impuestas por las entidades integrantes de la Administración Pública -incluso aquellas del ámbito municipal o regional-, que no establecen tributos, constituyen barreras burocráticas que limitan ilegal o irracionalmente el libre acceso al mercado, se seguirán los criterios interpretativos descritos a continuación: (...)."* (Énfasis añadido).

- tanto se le ha encomendado velar, en sede administrativa, por la preservación de seis mandatos constitucionales (propiedad intelectual, libre iniciativa privada, libertad de empresa, comercio e industria, rol subsidiario del Estado, libre competencia y protección al consumidor).
2. La CEB es el órgano resolutorio de dicha institución que se encarga de velar por la libre iniciativa privada y libertad de empresa, derechos que se ven afectados cuando la Administración Pública ejerce sus potestades administrativas.
3. Por tal motivo, la CEB debe garantizar el equilibrio entre el interés privado de ejercer estos derechos constitucionalmente reconocidos y el interés público que sustenta las actuaciones de las entidades del Estado; para lo cual debe eliminar las actuaciones que vulneran alguna disposición legal o que carecen de razonabilidad.
4. Uno de los referentes del desarrollo jurisprudencial que ha permitido la evolución del mecanismo peruano de eliminación de barreras burocráticas es la metodología de análisis de casos, aprobada mediante POO, el cual ha sido punto de partida y la guía indispensable para que los funcionarios del INDECOPI puedan llevar a cabo el análisis y resolución de casos.
5. De la definición legal de barrera burocrática se desprenden los siguientes elementos diferenciadores:
 - ¿Qué es? Son exigencias, requisitos prohibiciones o cobros establecidos por actos o disposiciones administrativas.
 - ¿Quién la emite? Entidades en ejercicio de su función administrativa.
 - ¿Cómo se materializa? A través de actos administrativos (alcance particular) o disposiciones administrativas (alcance general), incluyendo ordenanzas municipales o regionales.
6. Las barreras burocráticas pueden ser clasificadas de la siguiente manera:
 - En función a los efectos que generan:
 - Barreras burocráticas que afectan el desarrollo de las actividades económicas.
 - Barreras burocráticas de acceso al mercado.
 - Barreras burocráticas de permanencia en el mercado.
 - Barreras burocráticas que afectan las normas y principios de Simplificación Administrativa.
 - Barreras burocráticas impuestas mediante tributos municipales que restringen el libre tránsito de personas, bienes, animales y mercaderías.
 - En función al grado de inmediatez en que producen sus efectos.
 - Barreras burocráticas directas.
 - Barreras burocráticas indirectas.
 - En función al motivo de su eliminación.
 - Barreras burocráticas cuestionadas en concreto.
 - Barreras burocráticas cuestionadas en abstracto.
 - En función al modo en que han sido cuestionadas.
 - Barreras burocráticas ilegales.
 - Barreras burocráticas carentes de razonabilidad.
7. Según el POO, las barreras burocráticas ilegales son aquellas exigencias, requisitos, prohibiciones o cobros que:
 - Exceden el ámbito de competencia de la entidad que las impone (legalidad de fondo – competencial).

- Contravienen el marco legal promotor de la libre iniciativa privada (legalidad de fondo – por incompatibilidad [Tipo A]).
 - Contravienen las normas y principios de simplificación administrativa (legalidad de fondo – por incompatibilidad [Tipo B]).
 - No respetan los procedimientos y formalidades necesarios para su imposición (legalidad de forma).
8. Según el POO, las barreras burocráticas carentes de razonabilidad son aquellas exigencias, requisitos, prohibiciones o cobros que carecen de:
- Una justificación: No se justifican en un interés público a tutelar o no son idóneas para cumplir con éste.
 - Una sustentación satisfactoria: Guardando relación con un interés público, son desproporcionadas (costos mayores a los beneficios).
 - Una elección eficiente: No es la opción menos gravosa que existe para tutelar el interés público.
9. Si bien el POO dispone que el análisis de razonabilidad se realizará necesariamente cuando se haya determinado la legalidad de la barrera burocrática cuestionada, no prohíbe llevar este análisis cuando la barrera sea declarada ilegal, lo cual podría ser conveniente en determinados casos.
10. Para analizar la razonabilidad de una barrera burocrática, se debe pasar por dos etapas. La primera, en la cual el denunciante debe aportar elementos de juicio sobre (1) la existencia de tratamientos discriminatorios en la medida, (2) la carencia de fundamentos o, (3) la presencia de excesos con relación a los fines que pretende alcanzar. Solo si se han aportado indicios de este tipo (o en todo caso, si el INDECOPI los obtiene por otro medio, en virtud de principio de verdad material), es posible seguir con la segunda etapa de análisis. De lo contrario, no se podría valorar la razonabilidad de la medida cuestionada. En la segunda etapa, una vez que se hayan aportado los indicios respectivos, la entidad denunciada asume la carga de la prueba debiendo acreditar el cumplimiento de los siguientes aspectos³⁷:
- Que la barrera cuestionada se encuentra justificada por un interés público y que es idónea para solucionar el problema que lo afecta.
 - Que la barrera cuestionada es proporcional a los fines que quiere alcanzar.
 - Que, en términos generales, la barrera cuestionada es la medida menos gravosa para el administrado con relación a otras opciones existentes.
11. Luego de transcurridos pocos años desde que se emitió y publicó el POO³⁸, el 11 de abril de 2001 se publicó la Ley 27444 que

37. A través de la Resolución 182-97-TDC, el Tribunal de INDECOPI estableció lo siguiente:

"En tal sentido, la entidad denunciada tiene la carga de probar ante la Comisión: (i) El interés público que justificó la medida impugnada y los beneficios para la comunidad que se esperaban obtener con ella. Por ejemplo, indicando en qué forma y en qué medida se había previsto que la exigencia impuesta contribuiría con el fin propuesto. (ii) Que las cargas o restricciones impuestas sobre los administrados eran adecuadas o razonables, teniendo en cuenta los fines que se pretendía alcanzar; lo que significa haber evaluado la magnitud y proporcionalidad de los costos que los agentes económicos deberían soportar, así como los efectos que tales cargas tendrían sobre las actividades productivas. (iii) Que existen elementos de juicio que permiten arribar a la conclusión, en términos generales, que la exigencia cuestionada era una de las opciones menos gravosas para los interesados, en relación con las demás opciones existentes para lograr el fin previsto. Ello implica demostrar que se analizó otras alternativas que permitieran alcanzar el mismo objetivo a un menor costo y exponer las razones por las que fueron descartadas."

38. Emitido el 16 de julio de 1997 y publicado el 20 de agosto del mismo año.

entró en vigencia el 11 de octubre del mismo año. La mencionada disposición es de obligatorio cumplimiento para las entidades de la Administración Pública.

12. Dicha Ley exige que las entidades de la Administración Pública cumplan con actuar de manera proporcional a los fines públicos que desea tutelar, lo cual implica, identificar un fin público y analizar la proporcionalidad de la medidas adoptada (numeral 1.4) del artículo IV del Título Preliminar). Asimismo, consagra como un derecho del administrado que las actuaciones de las entidades que les afecten sean llevadas a cabo en la forma menos gravosa posible (numeral 10) del artículo 55).
13. Por tal motivo, desde que entró en vigencia la Ley 27444, cualquier análisis de razonabilidad no debía fundamentarse en el POO, sino en dicha disposición legal. De ese modo, ya no es posible alegar que una barrera burocrática era carente de razonabilidad, por cuanto todas las que pudieran ser calificadas de ese modo, habrían vulnerado algún artículo de la Ley 27444, por lo que debieron ser declaradas ilegales.

14. Debido a que el ámbito de aplicación de la Ley 27444, no alcanza a cualquier tipo de regulaciones en general³⁹, los criterios de razonabilidad recogidos en dicha Ley únicamente pueden ser aplicables en las barreras burocráticas que afectan las normas y principios de simplificación administrativa (ya sea en el marco de un procedimiento administrativo o al momento de regular un procedimiento especial). Por otro lado, las barreras burocráticas que afectan el desarrollo de actividades económicas (ya sea por acceso o permanencia) aún continúan rigiéndose por los criterios establecidos en el POO.

VII. RECOMENDACIONES

Se debería plantear la posibilidad de utilizar el POO únicamente en aquellos aspectos que no se encuentren regulados por la Ley 27444. En los demás casos, no debería declararse carente de razonabilidad una barrera burocrática, sino ilegal, ya sea por contravenir el numeral 1.4) del artículo IV del Título Preliminar de la Ley 27444 (cuando no existe una finalidad pública que tutelar o la medida es desproporcional) o el numeral 10) del artículo 55 (cuando no se acredite que la entidad impuso la medida menos gravosa para el administrado).

39. Conforme el artículo II del Título Preliminar de la Ley N 27444.