

Eliminar Barreras Burocráticas, la otra cara de la Reforma del Estado

Úrsula Patroni Vizquerra*

SUMILLA

El presente artículo no solo permite conocer qué son las Barreras Burocráticas y en qué medida pueden afectar la actividad de los agentes económicos en el mercado, sino que adicionalmente, propone la eliminación de las Barreras Burocráticas impuestas por la administración pública que generan problemas reales de competencia, como un componente importante de la reforma del Estado y la modernización del mismo, brindando una propuesta de valor que complementa los esfuerzos existentes.

1. Introducción: tres historias verdaderas

1.1 La Panadería¹

El Señor Paredes es dueño de una panadería. La Municipalidad del distrito, donde el Sr. Paredes tiene su panadería, decidió cambiar el horario de funcionamiento de los establecimientos, a este nuevo horario de 7 a.m. hasta las 11 p.m.

A simple vista, no tendría nada de malo el nuevo horario que la Municipalidad ha establecido, pues como todos sabemos, esta cuenta con la facultad para dictar disposiciones relacionadas con el horario de funcionamiento de los locales que operan dentro de su circunscripción; competencia expresamente reconocida por el ordenamiento jurídico nacional.

Ello también ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 0007-2006-AI, referida a la restricción horaria en la denominada "Calle de las Pizzas", en la que dispuso que las limitaciones al funcionamiento de establecimientos se encuentren comprendidas dentro del ámbito de competencia de las municipalidades².

Hasta ahí todo está bien. Sin embargo, existe un detalle adicional. Por el giro económico al que se dedica el Sr. Paredes, que es el de panadería, el nuevo horario, que va desde las 7 a.m. hasta las 11 p.m., le genera un perjuicio económico, pues la actividad propia de este tipo de establecimientos (panadería) se inicia antes de las 7 a.m.

La elaboración del pan es un conjunto de varios procesos en cadena. Los cuatro procesos básicos son: i) Mezcla de la harina con el agua y con otros ingredientes; ii) Reposo para hacer "levar" la masa si se incluyó levadura; iii) Horneado, se somete a la masa a una fuente de calor para que se cocine; y finalmente, iv) Enfriado, tras el horneado se deja reposar el pan hasta que alcance la temperatura ambiente.

Todo el proceso requiere de un tiempo de por lo menos cuatro horas aproximadamente, en el mejor de los casos y de acuerdo con el tipo de pan que se desee elaborar.

Según esa premisa, si la panadería comienza a funcionar a las 7 a.m., eso implica que a partir de esa hora se comienza a trabajar, y si el proceso para elaborar pan dura por lo menos cuatro

* Abogada por la Universidad de Lima con especialidad en Derecho Administrativo y Derecho Empresarial. Magíster en Derecho de los Negocios por la Universidad Francisco de Vitoria y el Colegio de Abogados de Madrid. Miembro de la Comisión Base para la Formulación de Lineamientos en Simplificación Administrativa. Ha sido Coordinadora Legal y Secretaria Técnica de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas de INDECOPI. Actualmente se desempeña como Consultora Sénior de VINAYAK Perú Consultores.

¹ Expediente N° 000052-2005/CAM.

² Ver sentencia recaída en el Expediente N° 00007-2006-AI, correspondiente a la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari, contra las Ordenanzas N° 212-2005 y N° 214-2005.

horas, tendríamos el pan para tomar desayuno, de acuerdo con las nuevas reglas que impuso la Municipalidad, a las 11 a.m.

Difícilmente el pan, por más calentito que esté, se va a vender a las 11 de la mañana, pues la mayoría de personas tomamos desayuno antes de ir a trabajar o a estudiar, y eso generalmente es, dentro del rango de horas que va desde las 6:30 a.m. a 8:30 a.m.

Una panadería que termina su proceso de elaboración de pan a las 11 a.m., no es competitiva y puede sufrir una baja considerable en sus ventas, sí esta bien, en un corto o mediano plazo, puede sacarla del mercado. Y decimos que no es competitiva, porque en los distritos colindantes no existe esta limitación de horario; las panaderías de dichos distritos pueden abastecer la demanda que ha quedado desatendida, simplemente con agenciar más repartidores de pan en carretilla.

Dado que, existen regulaciones que pueden afectar la permanencia en un determinado mercado y así generar problemas de competencia, se espera entonces que, antes de emitir e implementar una regulación municipal que afecta directamente la productividad de los agentes económicos; que eleva la posibilidad de que salgan del mercado; y que finalmente restringe de modo indirecto la competencia, afectando la libertad de empresa y el bienestar del consumidor; se efectúe el ejercicio de valorar si la nueva regulación introduce o puede introducir efectos negativos para la competencia, que no se encuentren justificados en los objetivos que persigue o que podrían mitigarse si se utiliza otra alternativa regulatoria.

Sin embargo, en un procedimiento administrativo y pese a lo dispuesto en el precedente de observancia obligatoria³, la Municipalidad se limitó a señalar que dicha medida encontró sustento en el carácter netamente residencial y ecológico del distrito, por lo que se hizo necesario regular el funcionamiento de los establecimientos que funcionan allí, y no presentó ningún tipo de sustento de la medida.

Es así que no sustentó ni exhibió información que acreditará que para garantizar que el

distrito sea netamente residencial y ecológico se deba establecer una restricción horaria. Tampoco acreditó que la limitación haya sido proporcional para lograr que el distrito sea residencial y ecológico, y menos aún, que dicha limitación que le está generando un perjuicio económico a la panadería, sea una de las opciones menos costosas para los administrados y para garantizar tales objetivos⁴.

1.2 La Escuela de Surf⁵

El *surf* o tabla hawaiana es un deporte que ha repuntado en el Perú. Dejó de ser considerado un deporte "de élite", para ganarse un espacio en el corazón de los peruanos. Esto, en gran parte se debe a los logros obtenidos por Sofía Mulanovich, a la gran actuación de la Selección Peruana de Tabla, tras lograr el título mundial del *Billabong ISA World Surfing Games*, a los triunfos de varios tablistas peruanos -como Felipe Pomar- a lo largo de la historia, a las excelentes condiciones que tiene el Perú para practicar este deporte y, recientemente, al triunfo de Cristóbal de Col, quien ganó su tercera medalla de oro mundial, con la que obtuvo el tricampeonato mundial juvenil.

El surf suma adeptos día a día entre la comunidad peruana y el Perú se ha convertido en punto obligado de travesía para distintos tablistas de todo el mundo. Perú es, después de Brasil, el segundo país más importante en la región en este deporte⁷.

Entre los mejores lugares para practicar *surf* en el Perú, de acuerdo con el ex campeón de tabla categoría máster Magoo de la Rosa, tenemos las playas de Órganos, Cabo Blanco, Lobitos, Pacasmayo, Chicama, La Herradura, Pico Alto, Chilca, Cerro Azul y San Gallán.

Hay que recordar que la ola izquierda más larga del mundo, con un recorrido de casi dos kilómetros, está en Chicama, y que la fama de Cerro Azul trascendió hasta quedar inmortalizada en la canción "*Surfin Safari*", de los *Beach Boys*.

Como es de verse, nuestro litoral ofrece cantidad y calidad de olas, hecho que hace atractiva la práctica de este deporte en nuestro país.

³ Precedente de observancia obligatoria sancionado por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de INDECOPI mediante Resolución N° 182-97- TDC.

⁴ Resolución N° 175-2005/CAM-INDECOPI confirmada mediante Resolución N° 130-2006/TDC-INDECOPI

⁵ Expediente N° 000066-2009/CEB.

⁶ http://es.wikipedia.org/wiki/Surf_en_el_Per%C3%BA

La gran cantidad de tablistas nacionales y extranjeros que día a día llegan a nuestras playas no hacen sino demostrar que el *surf* es un deporte que cada vez crece más.

No resulta raro pasar, en cualquier estación del año, por las playas de los distritos de Miraflores, Barranco o Chorrillos y divisar a las nuevas generaciones de surfistas. Una mancha de intrépidos, que están ya sorteando las olas o recibiendo sus primeras lecciones de *surf*.

Poco tiempo atrás, una Municipalidad cuando invocó lo dispuesto en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley Orgánica de Municipalidades⁷, que señala que los Gobiernos Locales representan al vecindario, promueven la adecuada prestación de los servicios públicos locales y el desarrollo integral, sostenible y armónico de su circunscripción; emitió una norma municipal que regulaba, entre otros aspectos, la actividad de las academias de deporte de tabla hawaiana en espacios de uso público⁸.

Tal como en el ejemplo anterior, el hecho de que se regule una actividad como es el *surf* o tabla hawaiana, puede parecer una buena medida.

Sin embargo, cuán viable y/o exigible resulta cumplir con las condiciones que la Municipalidad impone a las academias deportivas de *surf* o tabla hawaiana (que dicho sea de paso eran desproporcionadas y hasta literalmente imposibles de cumplir), y asumir el costo que implica ese “cumplimiento”, cuando no es la Municipalidad la entidad competente para regular esta actividad.

En el año 2010, una escuela de tabla denunció a la Municipalidad presentando como argumento, que la comuna municipal no tenía la facultad legal para regular esta actividad, y por lo tanto la exigencia de cumplir esta nueva regulación era ilegal.

Durante la tramitación del procedimiento administrativo, si bien la Municipalidad basó su argumento en que esta actividad es un servicio público local, no acreditó la existencia de un

dispositivo legal que califique al deporte de tabla hawaiana como tal y, por lo tanto, que su regulación sea competencia de los gobiernos locales.

Hay que tener en cuenta que, el solo hecho que una actividad sea desarrollada en espacios de uso público, no la convierte en un servicio público.

Los servicios públicos son definidos como tales por su carácter esencial para la colectividad, siendo que buscan cumplir cometidos de bienestar y proyección social. Claros ejemplos de dichos servicios, son la limpieza pública o la seguridad ciudadana, entre otros, pues su prestación cubre necesidades básicas de la comunidad⁹.

De otro lado, las actividades instructivas y educativas de índole privado, se encuentran comprendidas dentro de las competencias del Sistema Educativo Peruano, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley General de Educación¹⁰.

La Ley de Promoción y Desarrollo del Deporte¹¹, por su parte, reconoce al Instituto Peruano del Deporte (IPD) como el ente rector del Sistema Deportivo Nacional y lo faculta a planificar y dirigir la realización de actividades deportivas dentro de una política nacional del deporte en coordinación con otros organismos.

Es en virtud a ello, que el Ministerio de Educación y el Instituto Peruano del Deporte son los encargados de regular y dictar las disposiciones y políticas de esta actividad, y no las municipalidades.

Regulaciones como estas, emitidas por entidades que no son competentes para ello, no son solo a todas luces ilegales y por lo tanto, contrarias a nuestro ordenamiento jurídico, sino que además resultan excesivas, costosísimas o incumplibles, y que simplemente sacan del mercado a los agentes económicos, pues al no ser la entidad competente, no sabe cómo debe hacerlo.

A un deporte como el *surf*, que día a día gana más adeptos, no se le puede poner trabas. En vez de

⁷ Ley N° 27972.

⁸ Resolución N° 0193-2009/CEB-INDECOPI confirmada mediante Resolución N° 2486-2010/SC1-INDECOPI.

⁹ Considerando 12 de la Resolución N° 2486-2010/SC1-INDECOPI.

¹⁰ Aprobada mediante Ley N° 28044, publicada en el diario oficial “El Peruano” el 29 de julio de 2003.

Artículo 1°.- Objeto y ámbito de aplicación

La presente Ley tiene por objeto establecer los lineamientos generales de la educación y del sistema, las atribuciones y obligaciones del Estado y los derechos y responsabilidades de las personas y la sociedad en su función educadora. Rige todas las actividades educativas realizadas dentro del territorio nacional, desarrolladas por personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras.

¹¹ Aprobada mediante Ley N° 28036, publicada en el diario oficial “El Peruano” el 24 de julio de 2003.

sobrerregular las academias, se debería fomentar su desarrollo formal y así brindar servicios de calidad, que minimicen las externalidades negativas.

1.3 Paneles Publicitarios¹²

Existen diversos tipos de elementos publicitarios, como son las vallas publicitarias, las marquesinas, carteleras, paneles simples, paneles luminosos, paneles monumentales, paneles LED, carteles digitales, paneles lineales, torres publicitarias, toldos, entre otros, y que se han vuelto muy populares en nuestras ciudades.

Los paneles publicitarios, un tipo de elemento publicitario, son todos aquellos soportes donde se fija la publicidad y hoy en día, se han convertido en parte habituales del paisaje urbano e interurbano.

Adicionalmente, son una herramienta con la que cuentan los agentes económicos para dar a conocer al público en general, los bienes y servicios que ofertan en el mercado. Sin embargo, para colocar paneles publicitarios se deben respetar determinadas condiciones vinculadas con la seguridad y el uso del suelo del distrito, las cuales son evaluadas por las Municipalidades. Por ello, se requiere una autorización municipal para poder colocarlos, sea en un espacio público sea en uno privado.

La autorización es pues el título habilitante que otorga una Municipalidad¹³ a una persona natural o jurídica, para colocar un anuncio publicitario dentro de su circunscripción.

Para otorgar este título habilitante, que es la autorización, las Municipalidades únicamente pueden evaluar si la ubicación del panel publicitario afecta las normas técnicas sobre utilización del espacio físico y el uso del suelo dentro de su circunscripción.

Es importante mencionar que esta evaluación se efectúa de manera integral, valorando todo el elemento publicitario, que incluye cada lado, frente o cara del mismo¹⁴, mas no el contenido, pues las Municipalidades carecen de competencia para ello¹⁵.

Una empresa inició un procedimiento administrativo contra una Municipalidad pues esta última decidió que en su distrito estaban terminantemente prohibidos los paneles publicitarios¹⁶.

Esto implicaba no solo una prohibición para la utilización del mencionado tipo de elemento publicitario sino, adicionalmente, un impedimento para determinada ubicación de publicidad exterior.

Aunque parezca difícil de creer, la Municipalidad prohibió una actividad económica en su distrito, argumentando tener competencia exclusiva para normar, regular y autorizar la ubicación de elementos publicitarios, teniendo por lo tanto, facultades también para establecer prohibiciones al respecto.

Sin embargo, las restricciones establecidas por la Municipalidad excedían de las disposiciones establecidas en el marco normativo provincial en materia de ubicación de anuncios publicitarios, el cual no solo no había prohibido la instalación de paneles, ni la instalación de publicidad exterior en azoteas, sino que además había regulado su colocación, estableciendo parámetros técnicos para no afectar el ornato y espacio urbanístico de la ciudad.

Si bien la Ley Orgánica de Municipalidades¹⁷ ha establecido que las Municipalidades Distritales tienen como función normar, regular y otorgar las autorizaciones para la ubicación de anuncios publicitarios dentro de su circunscripción¹⁸, esta facultad debe ser ejercida a partir de la

¹² Expediente N° 000022-2009/CEB.

¹³ Las Municipalidades Provinciales también se encuentran facultadas a otorgar autorizaciones para la colocación de anuncios publicitarios en el distrito del Cercado debido a que en dicha circunscripción actúan como Municipalidades Distritales.

¹⁴ Resolución N° 0116-2008/CAM-INDECOPI de fecha 3 de julio del 2008 en el Expediente N° 000014-2008/CAM seguido por Repsol Comercial S.A.C. en contra de la Municipalidad Distrital de Chorrillos.

¹⁵ El artículo 22° del Decreto Legislativo N° 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal establece que la publicidad no requiere de autorización o supervisión previa a su difusión por parte de autoridad alguna. La supervisión del cumplimiento de dicha Ley se efectúa únicamente sobre la publicidad que ha sido difundida en el mercado, a través de un control posterior por parte de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal de INDECOPI.

¹⁶ Resolución N° 0143-2009/CEB-INDECOPI confirmada mediante Resolución N° 2320-2010/SC1-INDECOPI.
¹⁷ Ley N° 27972.

¹⁸ Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N° 27972.

"Artículo 79°.- Organización del espacio físico y Uso del Suelo (...)

3. Funciones específicas exclusivas de las municipalidades distritales:

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

(...) 3.6.3. Ubicación de avisos publicitarios y propaganda política."

normativa y de los planes provinciales que emita la Municipalidad Provincial respectiva.

Es así, que prohibir una actividad económica atenta no solo contra nuestro ordenamiento jurídico, al exceder las competencias normativas atribuidas por la Ley Orgánica de Municipalidades y delimitadas por el marco provincial establecido, sino también al vulnerar el derecho a la iniciativa privada.

Después de revisar las tres historias que anteceden se advierte que existen puntos de coincidencia.

En todas se presenta una regulación que afecta a los agentes económicos, de diversos rubros, y que pone en riesgo su acceso o permanencia en un determinado mercado de productos o servicios, generando un impacto directo no solo en la libertad de empresa, sino en la posibilidad de elección de los consumidores.

Además observamos que esta regulación, en un caso es emitida sin contar con facultades para ello, incumpliendo así el Principio de Legalidad¹⁹ que rige la actuación de las entidades de la Administración Pública, y en los otros, sin contar con un análisis previo sobre el impacto de la medida con relación a los beneficios que se pretende alcanzar.

Finalmente, las tres regulaciones cuyos efectos negativos hemos observado son Barreras Burocráticas declaradas por la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas de INDECOPI que es el órgano resolutorio encargado de conocer los actos y disposiciones de la entidades de la

Administración Pública que establezcan requisitos, exigencias, limitaciones, cobros y prohibiciones que impacten en el acceso o en la permanencia de los agentes económicos en el mercado, a fin de determinar su legalidad y razonabilidad²⁰.

2. Barreras Burocráticas

2.1 Definición de Barreras Burocráticas

Cuando los agentes económicos desean emprender un negocio, uno de los principales aspectos que deben asumir, son las condiciones y cobros que imponen las entidades de la administración pública para acceder o permanecer en el mercado formal, las cuales se denominan barreras burocráticas.

Las barreras burocráticas son los actos o disposiciones de las entidades de la administración pública²¹, que limitan el acceso o la permanencia en el mercado y con ello la competitividad empresarial²².

Las barreras burocráticas se materializan en exigencias, requisitos, prohibiciones y/o cobros que recaen en el desarrollo de actividades económicas o en la tramitación de procedimientos administrativos.

Son barreras burocráticas de acceso aquellas condiciones que imponen las entidades de la administración pública para que los agentes económicos puedan acceder al mercado formal, mientras que estamos frente a barreras burocráticas

¹⁹ Al respecto, el numeral 1.1. del Artículo IV de la Ley N° 27444 establece lo siguiente:

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

²⁰ http://www.indecopi.gob.pe/0/modulos/JER/JER_Interna.aspx?ARE=0&PFL=3&JER=728

²¹ Ley N° 27444.

Título Preliminar

Artículo 1°.- Ámbito de aplicación de la Ley

La presente Ley será de aplicación para todas las entidades de la administración pública.

Para los fines de la presente Ley se entenderá por "entidad" o "entidades" de la Administración Pública las siguientes:

1. El Poder Ejecutivo que incluye ministerios y Organismos Públicos Descentralizados;
2. El Poder Legislativo;
3. El Poder Judicial;
4. Los Gobiernos Regionales;
5. Los Gobiernos Locales;
6. Los Organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes confieren autonomía.
7. Las demás entidades y organismos, proyectos y programas del Estado, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público, salvo mandato expreso de Ley que las refiera a otro régimen; y
8. Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia.

²² Ley N° 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 N° 27444 y que limitan la competitividad empresarial en el mercado".

de permanencia, cuando se traten de nuevas condiciones impuestas por las entidades de la administración pública a los agentes económicos que ya se encuentran en el mercado y que pueden afectar su permanencia en el mismo.

Algunos ejemplos de barreras burocráticas de acceso son:

- i) Obtener el Registro Único de Contribuyentes (RUC)
- ii) Tramitar una licencia de funcionamiento
- iii) Tramitar permisos sectoriales, y
- iv) Solicitar un Registro Sanitario

Algunos ejemplos de barreras burocráticas de permanencia son:

- i) Nuevos límites de antigüedad de los vehículos
- ii) Exigencia de renovar una licencia de funcionamiento
- iii) Exigencia del pago de arbitrios municipales²³.

Sin embargo, las barreras burocráticas no son negativas en sí mismas pues concilian el ejercicio de la libre iniciativa y de la libertad de empresa con el respeto de otros derechos e intereses de la colectividad, cuya tutela y protección están a cargo de las distintas entidades de la administración pública.

Solo cuando estas barreras burocráticas son ilegales o desproporcionadas, es decir, cuando carecen de justificación legal o son establecidas de manera arbitraria o carecen de razonabilidad en relación con lo que se pretende proteger con ellas, son negativas y nocivas, porque se convierten en sobrecostos innecesarios para el Estado, para las empresas y principalmente para los consumidores, en tanto limitan la competencia y la competitividad en el mercado, impidiendo que estos se beneficien de la asignación eficiente de recursos que genera un mercado en competencia y competitivo.

2.2 Elementos de la Barrera Burocrática

Para saber si estamos frente a una barrera burocrática deben concurrir los siguientes elementos:

- i) Que sea un acto o disposición emitida por una entidad de la Administración Pública. Cuando la norma hace referencia a acto²⁴ se debe entender como acto administrativo²⁵.

El acto administrativo es la emisión de voluntad intelectual que realiza una entidad de la administración pública, para relacionarse con un administrado. Esta declaración de voluntad de origen unilateral es de alcance particular y sus efectos son externos, es decir, recaen fuera del ámbito del órgano público.

De acuerdo con la Ley del Procedimiento Administrativo General, son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta²⁶.

De otro lado, las disposiciones a las que se hace mención son las regulaciones y reglamentos administrativos, que si bien son declaraciones de voluntad unilateral con efectos externos, el alcance no es particular, como en el caso del acto administrativo, sino que produce efectos jurídicos generales en forma directa.

- ii) Que establezca una exigencia, requisito, prohibición y/o cobro para realizar una actividad económica.
- iii) Que afecte los principios y normas de simplificación administrativa contenidos en la Ley N° 27444.
- iv) Que limiten la competitividad empresarial en el mercado.

2.2 Supuesto que no son considerados Barreras Burocráticas

Además de no ser consideradas barreras burocráticas las manifestaciones de voluntad unilaterales de las entidades de la administración pública, que no cuenten con los elementos antes enunciados, existen supuestos donde ya sea por Ley o producto de interpretación jurisprudencial, expresamente se exceptúan de ser considerados barreras burocráticas.

²³ De acuerdo a los pronunciamientos emitidos por la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas de INDECOPI.

²⁴ Ley N° 28996.

²⁵ De acuerdo con la [Resolución N° 0071-2010/CEB-INDECOPI](#) no constituye barrera burocrática un acto de administración interna: "De acuerdo con ello, esta Comisión considera que la Resolución Rectoral N° 10256-2010-UNFV constituye un acto de administración interna que (independientemente a su legalidad o ilegalidad) afecta a un órgano de la propia entidad y no a un administrado, por lo cual no puede calificarse dicha actuación como un acto administrativo.

En consecuencia, al no calificar dicha resolución como un acto administrativo, tampoco puede considerarse a la misma como una barrera burocrática que pueda conocer esta Comisión, de acuerdo con la definición establecida en el Artículo 26BIS del Decreto Ley N° 25868 y 48° de la Ley N° 28996, por lo que corresponde declarar improcedente la denuncia".

²⁶ Ley N° 27444, Artículo 1°. - Concepto de acto administrativo

A continuación algunos ejemplos de los que no son barreras burocráticas:

a) Barreras legales:

✓ **Resolución N° 0184-2010/CEB-INDECOPI**
Expediente N° 000089-2010/CEB

Materia: La exigencia de pago del 9% de la Remuneración Mínima Vital por cada trabajador portuario por concepto del aporte por afiliación al Seguro Social de Salud.

La exigencia cuestionada se encuentra contenida en el artículo 33° del reglamento de la Ley N° 26790, el mismo que únicamente recoge lo establecido en ella. Por lo que, no corresponde a la Comisión emitir pronunciamiento respecto a ella, toda vez que no se encuentra facultada para pronunciarse sobre barreras establecidas en leyes, sino únicamente respecto de exigencias (barreras) establecidas a través de actos o disposiciones de carácter administrativo.

b) Imputación de conductas u obligaciones

✓ **Resolución N° 0030-2007/CAM-INDECOPI**
Expediente N° 000157-2006/CEB

Materia: Anuncios publicitarios²⁷

No constituye barrera burocrática aquellos casos en que se cuestione la obligación de contar con autorizaciones por anuncios publicitarios según el argumento de que las empresas denunciadas no han colocado la publicidad. En dicho supuesto, lo que se pretende es que la Comisión efectúe la verificación de un hecho o situación particular (si se colocó o no se colocó la publicidad por la empresa), para determinar si la entidad imputó correctamente dicha obligación, situación que se genera dentro de un cuestionamiento al Procedimiento Sancionador.

c) Determinación de una obligación tributaria:

✓ **Resolución N° 0023-2010/CEB-INDECOPI**
Expediente N° 000003-2010/CEB

Materia: Determinación tributaria en el rubro de seguridad ciudadana.

Las facultades de la Comisión para eliminar barreras burocráticas impuestas a través de tributos municipales no pueden implicar la revisión de controversias sobre la incorrecta determinación de una obligación tributaria (como son los arbitrios municipales) en el caso particular de los denunciados por cuanto ya existen órganos que según Ley se encuentran facultados para ello.

d) Actos de administración interna:

✓ **Resolución N° 0071-2010/CEB-INDECOPI**
Expediente N° 000025-2010/CEB

Materia: Presunto desconocimiento del silencio administrativo positivo que habría operado respecto de su recurso de petición.

La Ley del Procedimiento Administrativo General precisa que no son considerados actos administrativos los actos de "administración interna" (como es el caso del recurso cuestionado), los cuales se encuentran destinados a organizar o hacer funcionar las propias actividades o servicios de la entidad. En consecuencia, tampoco puede ser considerado como una Barrera Burocrática que pueda ser conocida por la Comisión.

e) Potestad Sancionadora:

✓ **Resolución N° 0045-2010/CEB-INDECOPI**
Expediente N° 000024-2010/CEB

Materia: Sanción impositiva efectuada al amparo de una Resolución de Gerencia.

La Comisión y la Sala han señalado anteriormente que el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública, no constituye la imposición de barreras burocráticas que recaigan en el ámbito de competencias de la Comisión. Ello, por cuanto no constituye una instancia revisora de todo tipo de actuaciones de la administración pública, sino únicamente de aquellas que califiquen como barreras burocráticas en los términos de la Ley. Asimismo, por cuanto las sanciones por sí mismas no suponen la exigencia de requisitos, obligaciones, y cobros o el establecimiento de impedimentos que impliquen la modificación de las condiciones para que los agentes económicos se desarrollen.

✓ **Resolución N° 0119-2010/CEB-INDECOPI**
Expediente N° 000051-2010/CEB

Materias:

i) Sanción impuesta por el Tribunal de Contrataciones del Estado del OSCE y ii) Determinación de la responsabilidad solidaria dentro de un Procedimiento Sancionador.

La potestad sancionadora de la administración pública no constituye la imposición de barreras burocráticas que recaigan en el ámbito de competencias de la Comisión. Las sanciones (o la determinación de estas) no tienen como propósito establecer condiciones para que los agentes puedan llevar a cabo una determinada

²⁷ Ver Resolución N° 2009-2007/TDC-INDECOPI del 17 de octubre de 2007.

actividad económica (barreras burocráticas), sino que constituyen una consecuencia frente al incumplimiento de alguna conducta tipificada como infracción y responden a la manifestación de la potestad sancionadora del Estado.

- ✓ **Resolución N° 0180-2010/CEB-INDECOPI**
 Expediente N° 000094-2010/CEB
Materia: Acoso que sufre por parte de la Municipalidad, a través de hechos y acciones arbitrarias, abusivas y prepotentes para sancionarla.

En anteriores pronunciamientos, la Comisión ha señalado que no le corresponde evaluar el ejercicio de las potestades supervisoras, sancionadoras o fiscalizadoras de las entidades administrativas por no calificar como barreras burocráticas en sí mismas y por cuanto la Comisión no es una instancia revisora de todas las actuaciones administrativas, sino únicamente de aquellas que califiquen como barreras burocráticas. La imposición de sanciones y multas no constituyen barreras burocráticas, toda vez que no suponen la exigencia de requisitos, obligaciones y cobros, sino que obedecen al ejercicio de la potestad sancionadora de las entidades de la administración pública frente a una infracción.

- f) Facultades de de fiscalización y control de las entidades de la administración pública:
- ✓ **Resolución N° 0007-2011/CEB-INDECOPI**
 Expediente N° 000171-2010/CEB
Materia: Tránsito e ingreso de mercadería dentro del territorio nacional.

La Comisión ha señalado que conforme a dichas leyes, corresponde a la SUNAT, dentro de sus facultades de fiscalización y control en el tránsito e ingreso de mercadería dentro del territorio nacional, calificar y evaluar en cada caso particular la aplicación de las normas aduaneras y/o de rotulado para determinar o no el reembarque de mercancías. De allí, que sea dicha entidad (y no la Comisión) la competente para optar entre uno u otro régimen legal para el caso concreto de la mercancía de la denunciante y determinar la consecuencia correspondiente, supuesto distinto del hecho de establecer alguna exigencia, requisito o prohibición para que la denunciante opere en el mercado interno (supuesto de barrera burocrática).

g) Inacciones u Omisiones:

- ✓ **Resolución N° 0183-2010/CEB-INDECOPI**
 Expediente N° 000083-2010/CEB
Materia: No otorgamiento por parte de la Municipalidad de la habilitación urbana solicitada respecto de un predio de su propiedad y, en consecuencia, la no aprobación de dicha solicitud.

La Comisión y la Sala²⁸ han señalado en anteriores pronunciamientos que las omisiones o inacciones de una entidad de la administración pública no pueden ser consideradas como barreras burocráticas, no obstante que, tales aspectos puedan tener alguna incidencia en el acceso o permanencia de un agente económico en el mercado. De lo contrario, la Comisión debería pronunciarse sobre cualquier tipo de incumplimiento de las funciones del Estado, no obstante que las normas que le asignan competencias no la facultan para ello.

- ✓ **Resolución N° 0160-2010/CEB-INDECOPI**
 Expediente N° 000084-2010/CEB
Materia: Falta de respuesta e inacción por parte de la Dirección General de Transporte Terrestre del MTC, frente a su solicitud de liberación de su vehículo previamente retenido.

La Sala ha señalado que las omisiones o inacciones de una entidad de la Administración Pública no pueden ser consideradas como barreras burocráticas, no obstante que puedan tener alguna incidencia en el acceso o permanencia de un agente económico en el mercado, debido a que, la Comisión no posee las competencias necesarias para ello sino únicamente para eliminar obligaciones o restricciones impuestas a dichos agentes económicos o en la tramitación de procedimientos administrativos.

- ✓ **Resolución N° 0251-2010/CEB-INDECOPI**
 Expediente N° 000145-2010/CEB
Materia: Resolución de Alcaldía N° 315-2009-ALC/MVES del 22 de octubre de 2009 a través de la cual la Municipalidad le revoca su licencia de funcionamiento respecto de su taller de procesamiento.

La Comisión y la Sala han señalado en anteriores pronunciamientos que las omisiones o inacciones de una entidad de la Administración Pública no pueden ser consideradas como Barreras Burocráticas, no

²⁸ Sala de Defensa de la Competencia N° 1 del Tribunal de INDECOPI.
http://www.indecopi.gob.pe/0/modulos/JER/JER_Interna.aspx?ARE=0&PFL=0&JER=702

obstante que tales aspectos puedan tener alguna incidencia en el acceso o permanencia de un agente económico en el mercado. De lo contrario, la Comisión debería pronunciarse sobre cualquier tipo de incumplimiento de las funciones del Estado; no obstante que las normas que le asignan competencias no la facultan para ello.

h) Medidas fito y zoonosanitarias

- ✓ **Resolución N° 0156-2008/CEB-INDECOPI**
Expediente N° 000030-2008/CAM
Materia: Evaluación de la capacidad de beneficio del camal municipal

La Comisión ha señalado que las exigencias cuestionadas por la denunciante no son susceptibles de ser calificadas como barreras burocráticas, porque la Primera Disposición Complementaria y Final de la derogada Ley Marco de Sanidad Agraria, al igual que la Sexta Disposición Complementaria y Final de la actual Ley de Sanidad Agraria, excluyen la posibilidad de calificar de esa manera a las medidas fito y zoonosanitarias.

2.3 Barreras Burocráticas ilegales y carentes de razonabilidad

De acuerdo con el precedente de observancia obligatoria sancionado por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de INDECOPI mediante Resolución N° 182-97-TDC, son consideradas barreras burocráticas ilegales a aquellas exigencias, requisitos, cobros, limitaciones y/o prohibiciones que:

- Exceden el ámbito de competencia de la entidad que las impone, o,
- Contravienen el marco legal promotor de la libre iniciativa privada (Decreto Legislativo N° 668 y N° 757) y de la Simplificación Administrativa (Ley N° 27444 y Ley N° 29060), o,
- No respetan los procedimientos y formalidades necesarios para su imposición.

De otro lado, son consideradas barreras burocráticas carentes de razonabilidad aquellas exigencias, requisitos, cobros, limitaciones y/o prohibiciones que:

- No se justifican en un interés público a tutelar, o,
- Guardando relación con dicho interés son desproporcionadas, o,

- Constituyen una opción más gravosa que otras para tutelar el interés público.

2.4 Principales Barreras Burocráticas

a) Anuncios Publicitarios

Como ha sido señalado, si bien los anuncios publicitarios son herramientas importantes que los agentes económicos tienen para dar a conocer sus productos y servicios, la posibilidad de instalar anuncios publicitarios no es irrestricta, sino que debe respetar determinadas condiciones vinculadas con la seguridad y el uso del suelo del distrito, las cuales son evaluadas por las Municipalidades.

A continuación se detallan los casos que fueron declarados fundados por la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas Sede Central Lima Sur de INDECOPI en materia de Anuncios Publicitarios, según los datos obtenidos del Índice de Barreras Burocráticas de acceso al mercado impuestas localmente durante el año 2010²⁹:

- ✓ Resolución Final N° 0152-2010/CEB-INDECOPI (Exp. 000040-2010/CEB).
- ✓ Resolución Final N° 0156-2009/CEB-INDECOPI (Exp. 000047-2010/CEB).
- ✓ Resolución Final N° 0259-2010/CEB-INDECOPI (Exp. 000125-2010/CEB).
- ✓ Resolución Final N° 0292-2010/CEB-INDECOPI (Exp. 000121-2010/CEB).

b) Arbitrios

Los arbitrios son las tasas que se pagan por la prestación o mantenimiento de un servicio público individualizado en el contribuyente, como son la limpieza pública, mantenimiento de parques y jardines y seguridad ciudadana.

Para los agentes económicos la exigencia de este tipo de tributo genera un sobrecosto en sus actividades económicas, por lo que resulta esencial que sea exigido dentro de los límites que establece la Ley.

Los arbitrios deben ser creados mediante Ordenanza Municipal y publicados en el diario oficial "El Peruano" o en el diario encargado de los avisos judiciales de la provincia a más tardar el 31 de diciembre del ejercicio fiscal anterior al que resulten exigibles.

²⁹ Índice elaborado por la Secretaría Técnica de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas en virtud de lo dispuesto en la Ley N° 28335, Ley que crea el Índice de Barreras Burocráticas de Acceso al Mercado impuestas localmente. http://www.indecopi.gob.pe/RepositorioAPS/0/3/par/IND_CEB_2010/IBB2010.pdf

Asimismo, la Ordenanza Municipal debe consignar el monto de los arbitrios, la explicación de los costos efectivos que demanda el servicio según el número de contribuyentes de la localidad beneficiada y la explicación de los criterios que justifiquen los incrementos, de ser el caso.

Con relación a la utilización del criterio de solidaridad, debe tenerse en cuenta que es una excepción, siendo la regla general que los criterios a utilizarse para la determinación de los arbitrios sean aquellos que se relacionen con el costo incurrido por la Municipalidad para prestar el servicio.

Cabe indicar que la utilización de dicho criterio implica la existencia y el cumplimiento de determinadas condiciones establecidas por el Tribunal Constitucional en los Expedientes N° 0041-2004-AI y N° 0053-2004-AI, los cuales incluyen que la Ordenanza Municipal que apruebe los arbitrios consigne la siguiente información:

- (i) Detalle de las razones socioeconómicas que justifican la utilización del criterio de solidaridad,
- (ii) Incluya el sustento técnico que acredite que, habiendo otras opciones de cálculo donde no se considere el factor de solidaridad, las mismas no logran un resultado más beneficioso para la mayoría,
- (iii) Detalle el porcentaje de los costos trasladados a los contribuyentes y el asumido por la Municipalidad;
- (iv) Incluya el sustento que demuestre que el monto subvencionado ha sido cubierto en mayor medida por los recursos de la Municipalidad con el límite de no afectar su equilibrio presupuestal.

A continuación se detallan los casos que fueron declarados fundados por la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas Sede Central Lima Sur de INDECOPI sobre Arbitrios Municipales, según los datos obtenidos del Índice de Barreras Burocráticas de acceso al mercado impuestas localmente durante el año 2010³⁰:

- ✓ Resolución Final N° 0059-2010/CEB-INDECOPI (Exp. 000001-2010/CEB).
- ✓ Resolución Final N° 0096-2010/CEB-INDECOPI (Exp. 000157-2010/CEB).

- ✓ Resolución Final N° 0262-2010/CEB-INDECOPI (Exp. 000110-2010/CEB).

c) Derechos de tramitación

Según la Ley, las Municipalidades se encuentran facultadas para establecer derechos de tramitación (tasas) por los procedimientos administrativos que tienen a su cargo.

Para que los derechos de tramitación sean legalmente exigibles a los administrados deben cumplir con los siguientes requisitos:

- (i) creados a través de una ordenanza municipal,
- (ii) ratificados por la municipalidad provincial competente, en caso se trate de una municipalidad distrital y,
- (iii) consignados en el Texto Único de Procedimientos Administrativos de la Municipalidad.

El monto del derecho de tramitación es determinado en función del 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.

Cuando el costo sea superior a una Unidad Impositiva Tributaria (UIT), se requiere acogerse a un régimen de excepción, el cual será establecido mediante Decreto Supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro de Economía y Finanzas.

La Ley del Procedimiento Administrativo General³¹ establece que no pueden exigirse cobros por derecho de tramitación para los procedimientos iniciados de oficio; para los procedimientos en los que se haya ejercido el derecho de petición; para los procedimientos en los que se haya denunciado ante la entidad por infracciones funcionales de sus propios funcionarios o que deban ser conocidas por las Oficinas de Auditoría Interna. Asimismo, no pueden dividirse los procedimientos administrativos, ni establecerse el cobro por etapas.

A continuación se detallan los casos que fueron declarados fundados por la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas Sede Central Lima Sur de INDECOPI cuya materia es derecho de

³¹ Índice elaborado por la Secretaría Técnica de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas en virtud a lo dispuesto en la Ley N° 28335, Ley que crea el Índice de Barreras Burocráticas de Acceso al Mercado impuestas localmente. http://www.indecopi.gob.pe/RepositorioAPS/0/3/par/IND_CEB_2010/IBB2010.pdf

tramitación, según los datos obtenidos del Índice de Barreras Burocráticas de acceso al mercado impuestas localmente durante el año 2010³²:

- ✓ Resolución Final N° 0038-2010/CEB-INDECOPI (Exp. 000147-2009/CEB).
- ✓ Resolución Final N° 0227-2010/CEB-INDECOPI (Exp. 000093-2010/CEB).
- ✓ Resolución Final N° 0260-2010/CEB-INDECOPI (Exp. 000136-2010/CEB).
- ✓ Resolución Final N° 0299-2010/CEB-INDECOPI (Exp. 000141-2010/CEB).

d) Licencia de Funcionamiento

La licencia de funcionamiento es una autorización que otorgan las Municipalidades para el desarrollo de actividades económicas en un local determinado.

Sin embargo, para que el procedimiento de licencia de funcionamiento pueda ser exigido a los ciudadanos, las Municipalidades deben aprobar dicho procedimiento mediante ordenanza municipal e incorporarlo en su Texto Único de Procedimientos Administrativos vigente, conforme a lo dispuesto en el artículo 36° de la Ley del Procedimiento Administrativo General³³.

De otro lado, si bien las Municipalidades se encuentran facultadas para cobrar un derecho de tramitación para el procedimiento de licencia de funcionamiento, deben aprobar dicho derecho de tramitación por medio de Ordenanza Municipal; y, tratándose de Municipalidades Distritales, el derecho de tramitación debe ser ratificada por la Municipalidad Provincial competente, conforme a lo dispuesto en el artículo 40° de la Ley Orgánica de Municipalidades³⁴.

Tanto la Ordenanza Municipal que aprueba el derecho de tramitación como la ratificación del mismo deben ser publicados según lo dispuesto en el artículo 44° del mismo cuerpo legal.

Posteriormente, el derecho de tramitación debe ser incorporado en el Texto Único de Procedimientos Administrativos de la Municipalidad.

La Municipalidad debe evaluar para el otorgamiento de una licencia de funcionamiento la zonificación y compatibilidad de uso y las condiciones de seguridad en Defensa Civil, cuando dicha evaluación constituya facultad de la municipalidad, siendo cualquier aspecto adicional materia de fiscalización posterior³⁵.

Los requisitos máximos que pueden ser exigidos por las municipalidades para obtener una licencia de funcionamiento se encuentran establecidos en el artículo 7° de la Ley Marco de Licencia de Funcionamiento³⁶.

Como es de verse, la Ley Marco de Licencia de Funcionamiento³⁷ ha establecido el marco jurídico y las disposiciones aplicables al procedimiento para el otorgamiento de la licencia de funcionamiento expedida por las Municipalidades.

Hay que indicar que la licencia de funcionamiento se otorga en el marco de un único procedimiento administrativo, sujeto a evaluación previa con silencio administrativo positivo, siendo el plazo máximo para el otorgamiento de la licencia el de 15 días hábiles.

La licencia de funcionamiento tiene vigencia indeterminada. Las Municipalidades solo podrán otorgar licencias de funcionamiento de vigencia temporal, cuando ello sea requerido expresamente por el solicitante.

A continuación se detallan los casos de licencia de funcionamiento que fueron declarados fundados por la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas Sede Central Lima Sur de INDECOPI según los datos obtenidos del Índice de Barreras Burocráticas de acceso al mercado impuestas localmente durante el año 2010³⁸:

- ✓ Resolución Final N° 0009-2010/CEB-INDECOPI (Exp. 000107-2009/CEB).
- ✓ Resolución Final N° 0010-2010/CEB-INDECOPI (Exp. 000138-2009/CEB).
- ✓ Resolución Final N° 0026-2010/CEB-INDECOPI (Exp. 000110-2009/CEB).

³² Ley N° 27444, Artículo 44°.

³³ Índice elaborado por la Secretaría Técnica de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas en virtud a lo dispuesto en la Ley N° 28335, Ley que crea el Índice de Barreras Burocráticas de Acceso al Mercado impuestas localmente. http://www.indecopi.gob.pe/RepositorioAPS/0/3/par/IND_CEB_2010/IBB2010.pdf

³⁴ Ley N° 27444.

³⁵ Ley N° 27972.

³⁶ Ley N° 28976, Artículo 6°.

³⁷ Ley N° 28976.

³⁸ La Ley N° 28976 entró en vigencia a los 180 días calendario a partir del día siguiente de su publicación y estableció que, vencido el plazo para adecuarse sin que se hubieran realizado las modificaciones del Texto Único de Procedimientos Administrativos, operaba la derogación de aquellas disposiciones que contravengan la Ley.

- ✓ Resolución Final N° 0027-2010/CEB-INDECOPI (Exp. 000142-2009/CEB).
- ✓ Resolución Final N° 0028-2010/CEB-INDECOPI (Exp. 000146-2008/CEB).
- ✓ Resolución Final N° 0043-2010/CEB-INDECOPI (Exp. 000152-2009/CEB).
- ✓ Resolución Final N° 0068-2010/CEB-INDECOPI (Exp. 000156-2009/CEB).
- ✓ Resolución Final N° 0074-2010/CEB-INDECOPI (Exp. 000018-2010/CEB).
- ✓ Resolución Final N° 0076-2010/CEB-INDECOPI (Exp. 000116-2009/CEB).
- ✓ Resolución Final N° 0077-2010/CEB-INDECOPI (Exp. 000130-2009/CEB).
- ✓ Resolución Final N° 0078-2010/CEB-INDECOPI (Exp. 000135-2008/CEB).
- ✓ Resolución Final N° 0080-2010/CEB-INDECOPI (Exp. 000113-2009/CEB).
- ✓ Resolución Final N° 0083-2010/CEB-INDECOPI (Exp. 000119-2009/CEB).
- ✓ Resolución Final N° 0084-2010/CEB-INDECOPI (Exp. 000122-2009/CEB).
- ✓ Resolución Final N° 0086-2010/CEB-INDECOPI (Exp. 000125-2009/CEB).
- ✓ Resolución Final N° 0087-2010/CEB-INDECOPI (Exp. 000126-2009/CEB).
- ✓ Resolución Final N° 0089-2010/CEB-INDECOPI (Exp. 000133-2009/CEB).
- ✓ Resolución Final N° 0090-2010/CEB-INDECOPI (Exp. 000134-2009/CEB).
- ✓ Resolución Final N° 0097-2010/CEB-INDECOPI (Exp. 000009-2010/CEB).
- ✓ Resolución Final N° 0106-2010/CEB-INDECOPI (Exp. 000023-2010/CEB).
- ✓ Resolución Final N° 0111-2010/CEB-INDECOPI (Exp. 000016-2010/CEB).
- ✓ Resolución Final N° 0144-2010/CEB-INDECOPI (Exp. 000027-2010/CEB).
- ✓ Resolución Final N° 0173-2010/CEB-INDECOPI (Exp. 000019-2009/CEB).
- ✓ Resolución Final N° 0199-2010/CEB-INDECOPI (Exp. 000080-2010/CEB).
- ✓ Resolución Final N° 0207-2010/CEB-INDECOPI (Exp. 000075-2010/CEB).
- ✓ Resolución Final N° 0219-2010/CEB-INDECOPI (Exp. 000079-2010/CEB).
- ✓ Resolución Final N° 0265-2010/CEB-INDECOPI (Exp. 000134-2009/CEB).
- ✓ Resolución Final N° 0269-2010/CEB-INDECOPI (Exp. 000141-2009/CEB).
- ✓ Resolución Final N° 0288-2010/CEB-INDECOPI (Exp. 000148-2009/CEB).

e) Restricciones al funcionamiento de establecimientos (restricción horaria)

El Tribunal Constitucional ha señalado mediante sentencia recaída en el expediente N° 00007-2006-AI20 que la restricción horaria se justifica en aquellos casos en que las facultades municipales no son suficientes para asegurar la tranquilidad pública afectada por el funcionamiento de establecimientos, es decir, cuando el funcionamiento legítimo de los establecimientos afecta la tranquilidad del vecindario por las condiciones naturales de las actividades que se desarrollan en los mismos, en atención al entorno en que se desenvuelven.

A través de la referida resolución, el Tribunal Constitucional dispuso que la restricción de horarios de funcionamiento puede aplicarse en zonas específicas generadoras de ruidos molestos por aglomeración de locales de diversión, precisando que cuando se trate de problemas generados por algún establecimiento en particular, la Municipalidad puede sancionar a dicho establecimiento hasta con clausura definitiva, de acuerdo con las normas sobre la materia.

A continuación se detallan los casos sobre restricción horaria que fueron declarados fundados por la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas Sede Central Lima Sur de INDECOPI, según los datos obtenidos del Índice de Barreras Burocráticas de acceso al mercado impuestas localmente durante el año 2010³⁹:

- ✓ Resolución Final N° 0110-2010/CEB-INDECOPI (Exp. 000003-2010/CEB).
- ✓ Resolución Final N° 0126-2010/CEB-INDECOPI (Exp. 000042-2010/CEB).
- ✓ Resolución Final N° 0147-2010/CEB-INDECOPI (Exp. 000060-2010/CEB).
- ✓ Resolución Final N° 0150-2010/CEB-INDECOPI (Exp. 000036-2010/CEB).
- ✓ Resolución Final N° 0155-2010/CEB-INDECOPI (Exp. 000034-2010/CEB).
- ✓ Resolución Final N° 0162-2010/CEB-INDECOPI (Exp. 000052-2010/CEB).
- ✓ Resolución Final N° 0196-2010/CEB-INDECOPI (Exp. 000071-2010/CEB).
- ✓ Resolución Final N° 0213-2010/CEB-INDECOPI (Exp. 000076-2010/CEB).
- ✓ Resolución Final N° 0224-2010/CEB-INDECOPI (Exp. 000107-2010/CEB).

³⁹ Índice elaborado por la Secretaría Técnica de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas en virtud a lo dispuesto en la Ley N° 28335, Ley que crea el Índice de Barreras Burocráticas de Acceso al Mercado impuestas localmente. http://www.indecopi.gob.pe/RepositorioAPS/0/3/par/IND_CEB_2010/IBB2010.pdf

- ✓ Resolución Final N° 0229-2010/CEB-INDECOPI (Exp. 000105-2010/CEB).
- ✓ Resolución Final N° 0263-2010/CEB-INDECOPI (Exp. 000129-2010/CEB).
- ✓ Resolución Final N° 0295-2010/CEB-INDECOPI (Exp. 000153-2010/CEB).

f) Trabajos en la vía pública

A fin de tutelar el interés público representado por la adecuada utilización de las vías públicas en atención a su finalidad y seguridad, se requiere que todo aquel que desee realizar trabajos utilizando o afectando las vías públicas cuente con una autorización o permiso municipal⁴⁰.

En atención a ello, las Municipalidades se encuentran facultadas para aprobar un procedimiento de autorización para realizar trabajos en la vía pública y para establecer un derecho de tramitación por dicho procedimiento, los cuales deben ser creados mediante Ordenanza Municipal.

El derecho de tramitación debe estar determinado en función del costo del servicio; y, que el procedimiento y el derecho de tramitación deben ser compendiados en el Texto Único de Procedimientos Administrativos vigente de la Municipalidad.

Hay que señalar que las Municipalidades Distritales deben obtener adicionalmente la ratificación del derecho de tramitación por parte de la Municipalidad Provincial correspondiente, a fin de que dicho derecho de tramitación pueda ser exigible, conforme lo dispone el artículo 40° de la Ley Orgánica de Municipalidades⁴¹.

Es importante señalar que, de acuerdo a lo prescrito por la Ley N° 29706, Ley de facilitación de conexiones domiciliarias del servicio público de distribución de gas natural⁴², se exceptúa expresamente del trámite del procedimiento de autorización o permiso municipal y del pago del correspondiente derecho de tramitación, al servicio público de distribución de gas natural.

El artículo 4° de la Ley en mención señala que tanto las Municipalidades como los Gobiernos

Regionales, deberán eliminar la tramitación y el pago para realizar conexiones domiciliarias de gas natural y su correspondiente interferencia de vías en sus Textos Únicos de Procedimientos Administrativos, dentro de un plazo de 15 días hábiles contados desde la publicación de esta norma.

En caso, las Municipalidades o los Gobiernos Regionales no cumplan con la adecuación en el plazo establecido, se entenderá automáticamente adecuados los Textos Únicos de Procedimientos Administrativos de acuerdo con lo señalado en la Ley.

A continuación se detallan los casos sobre trabajos en la vía pública, que fueron declarados fundados por la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas Sede Central Lima Sur de INDECOPI según los datos obtenidos del Índice de Barreras Burocráticas de acceso al mercado impuestas localmente durante el año 2010⁴³:

- ✓ Resolución Final N° 0179-2010/CEB-INDECOPI (Exp. 000072-2010/CEB)
- ✓ Resolución Final N° 0200-2010/CEB-INDECOPI (Exp. 000101-2010/CEB)
- ✓ Resolución Final N° 0283-2010/CEB-INDECOPI (Exp. 000144-2010/CEB)

3. Eliminando las Barreras Burocráticas

3.1 Revisión de la situación actual

Como ya ha sido mencionado, en la actualidad existe la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas, antes la Comisión de Acceso al Mercado, que es el órgano resolutorio de INDECOPI encargado de conocer las barreras burocráticas, a fin de determinar su legalidad y razonabilidad.

Asimismo, es la responsable de efectuar, por una parte, el control posterior del cumplimiento de las normas y de los principios de simplificación administrativa por parte de las entidades de la Administración Pública; y, por otra la de identificar aquellos tributos municipales que graven el libre tránsito de personas, bienes y mercaderías en el territorio nacional.

⁴⁰ Índice elaborado por la Secretaría Técnica de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas en virtud a lo dispuesto en la Ley N° 28335, Ley que crea el Índice de Barreras Burocráticas de Acceso al Mercado impuestas localmente. http://www.indecopi.gob.pe/RepositorioAPS/0/3/par/IND_CEB_2010/IBB2010.pdf

⁴¹ Con excepción del supuesto de gas natural contemplado en la Ley N° 29706, Ley de Facilitación de conexiones domiciliarias del servicio público de distribución de gas natural.

⁴² Ley N° 27972.

⁴³ Ley N° 29706, publicada el 10 de junio de 2011.

Hasta el año 2001, la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas, podía eliminar las barreras burocráticas que no fueran legales o razonables que identificaba, salvo que estuvieran contenidas en decretos supremos y resoluciones ministeriales.

A partir del año 2001, esa limitación se amplió a las barreras burocráticas materializadas en Ordenanzas Municipales y en normas regionales de carácter general. En esos casos, la Comisión debía remitir un informe al Consejo de Ministros, al Concejo Municipal o al Concejo Regional, según fuera el caso, para que dichos órganos decidieran la eliminación de las barreras burocráticas.

En ese entonces, según el ordenamiento jurídico vigente, en el supuesto que no se eliminará la barrera burocrática declarada como ilegal o carente de razonabilidad por la Comisión, INDECOPI tenía que iniciar un proceso judicial en los casos de decretos supremos y resoluciones ministeriales.

En el mismo supuesto y tratándose de ordenanzas municipales y normas regionales de carácter general, tenía que remitir los informes a la Defensoría del Pueblo para que dicha institución interponga, de estimarlo conveniente, la demanda de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

Sin embargo, las cifras nunca fueron alentadoras. De 190 informes que fueron remitidos por INDECOPI hasta diciembre de 2006, solo en un 22% las entidades de la Administración Pública decidieron eliminar las barreras burocráticas. En el 78% restante, principalmente Municipalidades, no se logró el objetivo de eliminar las barreras burocráticas.

Con la entrada en vigencia de la Ley N° 28996, Ley de Eliminación de Sobrecostos, Trabas y Restricciones a la Inversión Privada⁴⁴, la Comisión recobró facultades, y ahora puede disponer la inaplicación de la barrera burocrática declarada ilegal o carente de razonabilidad, para el caso concreto, cuando esté contenida en un decreto supremo, una resolución ministerial o una norma municipal o regional de carácter general.

Esto último, sin perjuicio de notificar a la entidad estatal que emitió la norma para que pueda disponer su modificación o derogación. Sin embargo, si bien esta modificación no ha sido la solución, sí ha sido un avance en la eliminación de barreras burocráticas que afectan negativamente la competencia en el mercado, y también se ha logrado sensibilizar a los ciudadanos y sobre todo a las autoridades.

Y decimos esto, porque la Comisión, solo puede levantar la barrera burocrática declarada ilegal o carente de razonabilidad, al caso concreto materia de denuncia, es decir, al agente económico que paga un derecho de tramitación para que este órgano resolutorio de estimar que exista una barrera burocrática que no sea legal o razonable se la inaplique.

Todos los demás agentes económicos, que se encuentran en la misma situación, afectados por esa barrera burocrática declarada ilegal o carente de razonabilidad, no pueden oponer la resolución de INDECOPI, que se encuentra debidamente motivada, para que a ellos no se les aplique la barrera burocrática declarada, pues la protección legal no los ampara. Lo que deberán hacer, es presentar una denuncia, pagar el derecho de tramitación correspondiente, que en la actualidad asciende al 14,10% de la Unidad Impositiva Tributaria vigente, es decir 507,65 nuevos soles⁴⁵ y esperar para lograr la inaplicación.

Entonces, la pregunta salta a la vista. Si existe el principio de legalidad⁴⁶ y el principio de razonabilidad⁴⁷, contemplados en la Ley del Procedimiento Administrativo General, principios de obligatoria observancia por parte de las entidades de la Administración Pública, y si ha quedado demostrado que las regulaciones pueden afectar el ingreso y/o la permanencia en un determinado mercado y así generar problemas de competencia; ¿por qué no tenemos mecanismos claros y eficientes para no generar barreras burocráticas que afecten negativamente el mercado?

¿Por qué los agentes económicos deben asumir las externalidades negativas de regulaciones

⁴⁴ Índice elaborado por la Secretaría Técnica de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas en virtud a lo dispuesto en la Ley N° 28335, Ley que crea el Índice de Barreras Burocráticas de Acceso al Mercado impuestas a localmente. http://www.indecopi.gob.pe/RepositorioAPS/0/3/par/IND_CEB_2010/IBB2010.pdf

⁴⁵ Publicada en el diario oficial "El Peruano" el 4 de abril de 2007.

⁴⁶ http://www.indecopi.gob.pe/0/modulos/JER/JER_Interna.aspx?ARE=0&PFL=3&JER=189

⁴⁷ Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

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

que afectan directamente su productividad, que elevan la posibilidad de que salgan del mercado, y que finalmente restringen de modo indirecto la competencia, afectando la libertad de empresa y el bienestar del consumidor; si se pueden minimizar las posibilidades con una revisión *ex ante*?

3.2 Propuesta de valor

Sabemos que la competencia incentiva a que los agentes económicos mejoren la calidad de los productos y servicios que ofertan, así como a proponer precios atractivos para los consumidores; y se convierte en un estímulo permanente que propicia la eficiencia en la producción de bienes y en la prestación de servicios, la innovación y la tecnología.

En este orden de ideas, si bien existe INDECOPI que tiene como funciones la promoción del mercado y la protección de los derechos de los consumidores, al fomentar en la economía peruana una cultura de leal y honesta competencia; la defensa de la competencia no está a cargo de una sola institución.

La defensa de la competencia también involucra a las demás entidades de la Administración Pública, entre las que se encuentra el Poder Ejecutivo, y los Gobiernos Regionales y Locales, entre otros⁴⁸, así como el Congreso de la República en la formulación y aprobación de leyes; motivo por el cual se deben generar mecanismos de promoción de la competencia que garanticen la igualdad de condiciones de los agentes económicos para ingresar o permanecer en un mercado,

independientemente del tipo empresarial adoptado o de la titularidad del accionariado, sea esta pública o privada.

Son estas entidades las que tienen la obligación de regular eficientemente, evitando así, desde su accionar, introducir restricciones injustificadas a la competencia, ya sea incidiendo en el acceso de las empresas al mercado o en las condiciones de competencia de las empresas que se encuentran participando en él.

En ese sentido, es importante que las entidades de la administración pública, incluido el Congreso de la República, orienten su accionar a principios rectores que permitan regulaciones necesarias y proporcionadas, que generen la mínima distorsión en el mercado sobre la base de un interés público superior que tutelar; que sean eficientes, transparentes y oportunas y sobre todo, que no generen barreras burocráticas ilegales o carentes de razonabilidad, cuyo costo lo asumimos todos.

Si bien en el ámbito de leyes dadas por el Congreso de la República existen mecanismos de control previo que permitirían hacer una evaluación del impacto de la normativa propuesta; en la práctica se evidencia, que el análisis no contempla la posible afectación a la competencia y que el análisis costo-beneficio⁴⁹ que se efectúa, no es el más apropiado ni lo suficientemente riguroso⁵⁰.

Adicionalmente, con relación a otras regulaciones, como pueden ser reglamentos expedidos por el Poder Ejecutivo o por los Gobiernos Regionales o por las Municipalidades, la Comisión de

⁴⁸ Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Artículo IV.- Principios del procedimiento 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 mantener la debida proporción entre los medios por emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

⁴⁹ Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444.

Artículo I.- Ámbito de aplicación de la Ley: la presente Ley será de aplicación para todas las entidades de la administración pública. Para los fines de la presente Ley, se entenderá por "entidad" o "entidades" de la administración pública a las siguientes:

1. El Poder Ejecutivo, que incluye ministerios y Organismos Públicos Descentralizados;
2. El Poder Legislativo;
3. El Poder Judicial;
4. Los Gobiernos Regionales;
5. Los Gobiernos Locales;
6. Los Organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes confieren autonomía.

7. Las demás son entidades y organismos, proyectos y programas del Estado, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público, salvo mandato expreso de Ley que las refiera a otro régimen; y

8. Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia.

⁵⁰ De acuerdo al artículo 75°: requisitos y presentación de las proposiciones, del Texto Único Ordenado del Reglamento del Congreso de la República, la proposición de leyes, se requiere que los proyectos cuenten con una exposición de motivos donde se expresen sus fundamentos, el efecto de la vigencia de la norma que se propone sobre la legislación nacional, el análisis costo-beneficio de la futura norma legal incluido y, cuando corresponda, un comentario sobre su incidencia ambiental.

Eliminación de Barreras Burocráticas ha advertido en varios pronunciamientos que la dación de las mismas no contempla un análisis de su impacto, ni de la necesidad y/o proporcionalidad de las mismas, como son los casos de regulaciones que restringen horarios de funcionamiento o la realización de determinadas actividades económicas, que al no ser proporcionadas a la finalidad que buscan alcanzar, o al no ser las medidas menos gravosas para los agentes económicos terminan fomentando revocaciones indirectas, expropiaciones regulatorias y desconocimiento de derechos, generando así perjuicios económicos⁵¹.

Como ha sido mencionado, conforme a Ley, el control que se realiza y que está a cargo de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas tiene un impacto al caso concreto y se efectúa de manera posterior a la expedición de las normas, pudiendo estas disposiciones haber generado distorsiones en el mercado desde su entrada en vigencia.

Internacionalmente, se tiene conocimiento que, en el caso europeo, se cuenta con un instrumento de control *ex ante* denominado "Regulatory Impact Assessment" o "Impact Assessment", cuyo fin es contar con un análisis y valoración previa de las normas expedidas.

En el caso español, el 3 de julio de 2009, el Consejo de Ministros aprobó el Real Decreto 1083/2009, mediante el cual se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, con el objetivo de mejorar la calidad de las normas.

Es así, que la finalidad última de esta Memoria, es garantizar que, a la hora de elaborar y aprobar un proyecto, se cuente con la toda la información necesaria para estimar el impacto que la norma supondrá para sus destinatarios y agentes

económicos y no afectar así innecesariamente la competencia.

El 11 de diciembre de 2009, el Consejo de Ministros Español aprobó la Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo⁵², guía elaborada conjuntamente por los Ministerios de la Presidencia, de Economía y Hacienda, de Política Territorial y de Igualdad.

La experiencia internacional nos demuestra, que resulta prioritario ofrecer a las entidades de la Administración Pública y al Congreso de la República, una metodología, que de manera simplificada, permita analizar y valorar de forma previa el impacto que tendría determinada iniciativa normativa sobre la economía, con especial énfasis en su impacto en la competencia.

Es imprescindible estudiar los motivos y la oportunidad de las normas a ser emitidas, valorar las diferentes alternativas existentes para la consecución de los fines que se buscan y analizar detalladamente las consecuencias jurídicas y económicas que tendrán.

Tenemos conocimiento que en la actualidad, el Programa COMPAL Fase II de la UNCTAD-Proyecto Perú⁵³ ha hecho suya esta idea y viene trabajando en una metodología de evaluación de la competencia, que se espera se ponga en práctica, primero a modo de piloto, para comprobar sus bondades, y luego en el nivel de todas las entidades de la administración pública, con la finalidad de tener un sistema de prevención y de eliminación de barreras burocráticas nocivas.

La reforma del Estado, no solo pasa por servir eficazmente a la ciudadanía a través de procesos administrativos sencillos, transparentes, con derechos de tramitación y plazos predictibles; pasa por tener un Estado al servicio del ciudadano, que fomente la

⁵¹ Informe N° 007-2009/INDECOPI-CEB, Informe Técnico en el que se evalúa el Proyecto de Ley N° 3194/2008-CR que propone establecer límites de extensión de la propiedad agraria en las zonas agrícolas de la costa.

El punto 18 del análisis del mencionado informe señala lo siguiente:

"Finalmente, en el análisis costo-beneficio de la exposición de motivos se señala que la norma propuesta no genera costos adicionales al Estado y a la sociedad. Sin embargo, no se toma en cuenta el impacto que la norma podría generar a los propietarios de terrenos agrícolas en la costa con más de cuarenta mil hectáreas, ni los posibles perjuicios económicos que la norma podría ocasionar a aquellos agentes económicos que se dediquen a la actividad agrícola, los cuales podrían ver afectada su permanencia en el mercado. En tal sentido, se recomienda que la exposición de motivos incluya el tipo de análisis antes indicado."

Esta falta de rigurosidad del análisis costo-beneficio del proyecto se refleja también en la última conclusión:

"El análisis costo-beneficio de la exposición de motivos no toma en cuenta el impacto que la norma podría generar a los propietarios de terrenos agrícolas en la costa con más de cuarenta mil hectáreas, ni los posibles perjuicios económicos que la norma podría ocasionar a aquellos agentes económicos que se dediquen a la actividad agrícola, los cuales podrían ver afectada su permanencia en el mercado. Por tal motivo, se recomienda que la exposición de motivos incluya el tipo de análisis antes indicado".

⁵² <http://www.indecopi.gob.pe/repositorioaps/0/3/jer/jurisprudencia/Re1535.pdf>

⁵³ <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Informes/Gu%C3%ADasyRecomendaciones/tabid/177/Default.aspx>

competencia e impulse a sus agentes económicos a ser competitivos, que derribe las Barreras Burocráticas perjudiciales no solo para el caso concreto.

Si bien existen esfuerzos en ese sentido, como son la Metodología de Simplificación Administrativa para la mejora de los procedimientos administrativos y servicios prestados en exclusividad aprobada por la Presidencia del Consejo de Ministros-PCM⁵⁴ y la Guía Metodológica de Determinación de Costos de los procedimientos administrativos y servicios prestados en exclusividad por parte de las entidades públicas, aprobada por la Secretaría de Gestión Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros⁵⁵, que consideramos excelentes iniciativas, aún no son suficientes.

Se necesita ir más allá y tener una política nacional articuladora que incluya la defensa de la competencia y la eliminación de las barreras burocráticas que la afectan negativamente; que realmente apueste por propuestas simples, pero eficientes, como es el caso de la metodología planteada que permite prevenir la afectación a los agentes económicos, y así lograr un país competitivo, donde se genere competencia; donde los consumidores y ciudadanos nos veamos beneficiados de ello; y donde “Perú Marca País” no solamente sea una marca, sino que refleje la mística del Perú, de su gente y de las oportunidades que ofrece para todos.

⁵⁴ <http://www.unctadxi.org>

⁵⁵ Decreto Supremo N° 007-2011-PCM.

⁵⁶ Resolución N° 003-2010-PCM-SGP.