



Revista Digital de Derecho Administrativo  
ISSN: 2145-2946  
Universidad Externado de Colombia

ALEJOS, ÓSCAR; SUÁREZ, ALEJANDRA

Las barreras del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas para acceder al mercado. Una revisión del modelo de control administrativo

Revista Digital de Derecho Administrativo, núm. 28, 2022, pp. 201-222  
Universidad Externado de Colombia

DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n28.07>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=503873276007>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

  
Sistema de Información Científica Redalyc  
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal  
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

# Las barreras del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas para acceder al mercado

## Una revisión del modelo de control administrativo

ÓSCAR ALEJOS<sup>1</sup>  
ALEJANDRA SUÁREZ<sup>2</sup>

### RESUMEN

El procedimiento de eliminación de barreras burocráticas constituye un mecanismo de control interno de la Administración pública. Mediante este se permite que una autoridad controle los actos y las normas que emiten otros organismos y entidades públicas, con el propósito de eliminar aquellas barreras que impidan o dificulten el acceso o permanencia en el mercado de agentes económicos, además de hacer prevalecer la simplificación

- 1 Master en Derecho Administrativo y Regulación del Mercado en la Universidad de Piura, Piura, Perú. Docente adjunto en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú. Asociado en CMS Grau. Correo-e: [oscar.alejos@cms-grau.com](mailto:oscar.alejos@cms-grau.com). Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9485-6381>.
- 2 Abogada por la Universidad de Lima, Lima, Perú. Correo-e: [suarezs.ale@gmail.com](mailto:suarezs.ale@gmail.com). Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5880-5464>. Fecha de recepción: 15 de marzo de 2022. Fecha de modificación: 19 de abril de 2022. Fecha de aceptación: 12 de mayo de 2022. Para citar el artículo: ALEJOS, ÓSCAR y SUÁREZ, ALEJANDRA, "Las barreras del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas para acceder al mercado. Una revisión del modelo de control administrativo", *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 28, 2022, pp. 201-222. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n28.07>

administrativa. Sin embargo, pese a la evidente finalidad de interés público que tiene este procedimiento, su diseño hace que el denunciante tenga que superar una serie de obstáculos para que eventualmente sea examinada su queja. En otros términos, se olvida el rol que está cumpliendo como colaborador de quien es el verdadero protagonista: la propia Administración encargada de eliminar dichas barreras. Es por ello que en el presente artículo se propone una revisión del modelo, a partir de una comprensión adecuada del rol de colaborador que tiene el denunciante y el rol activo que debe tener la autoridad de competencia.

**Palabras clave:** burocracia, denuncias administrativas, control de la Administración pública, procedimiento de eliminación de barreras, control interno, libre competencia.

## Procedure Barriers to Eliminate Bureaucratic Barriers to Market Access. A Review of the Model in Peruvian Law

### ABSTRACT

The procedure for eliminating bureaucratic barriers in the Public Administration is an internal control mechanism that allows an administrative agency to review acts and regulations of other public entities and bodies. Its objective is to remove obstacles to market access or permanence of economic agents, and to attain administrative simplification goals. Despite its clear purpose of public interest, the procedure was designed in a way that the complainant who wants to report regulations or administrative acts that creates market barriers has to overcome a series of obstacles for his grievance to even be considered. In other words, it overlooks the fact that the complainant is a collaborator of the Administration in charge of removing those barriers. Therefore, this paper proposes a review of the model, taking into account the role of the complainant and the duties of the competition law agency.

**Keywords:** Bureaucracy, Complainant, Control of the Public Administration, Procedure for Removing Market Barriers, Internal Administrative Control, Free Competition.

### INTRODUCCIÓN

El ciudadano de hoy se enfrenta a un aparato estatal que lo bombardea con regulaciones por aquí y por allá. Exigencias, requisitos, limitaciones, cobros

y prohibiciones se encuentran en todos los sectores y ámbitos de la vida. Si uno quiere obtener una autorización o realizar cualquier trámite, se enfrentará necesariamente con ese mar de barreras. Y ello aplica tanto si uno quiere abrir una bodega, como poner en marcha una central de generación eléctrica.

En principio, no está mal que sea así. Las reglas son necesarias para asegurar la convivencia y garantizar el *interés público*. En ese sentido, muchas de las exigencias que plantea la Administración son perfectamente legítimas y necesarias<sup>3</sup>. Nadie en su sano juicio se opondría a que un establecimiento en donde se realizan actividades riesgosas cumpla con una inspección de seguridad antes de su apertura. Nadie en su sano juicio se opondría a que se presenten planos para autorizar una construcción. Y los ejemplos pueden seguir.

El problema está en que muchas veces dichas reglas se formulan sin que exista una ley de por medio o incluso contraviniendo leyes vigentes. Otras veces, dichas reglas no han venido precedidas de un estudio concienzudo sobre el problema que pretenden "resolver", si acaso existe. Pocos son los casos en los que las alternativas de solución y los costos y beneficios asociados se toman en cuenta de forma previa al establecimiento de dichas exigencias<sup>4</sup>; en suma, gran parte de la regulación responde a una decisión tomada arbitrariamente, sin justificación de por medio<sup>5</sup>.

3 La Corte Suprema peruana ha graficado muy bien este punto en la sentencia de casación n.º 25135-2018-Lima, del 9 de marzo de 2021: "Es oportuno hacer notar que las barreras burocráticas no son negativas per se pues en el fondo, no son sino mecanismos que utiliza la autoridad para conciliar el interés privado y el interés público. Por ejemplo, la obligación de obtener una licencia municipal de funcionamiento constituye una barrera burocrática pues cumple con los tres elementos del concepto: es una exigencia (tipo de imposición) establecida por una entidad en el ejercicio de su función administrativa (gobierno local) que afecta el acceso al mercado (efecto). Sin embargo, es una barrera burocrática positiva pues concilia el interés privado del agente económico que busca ejercer su derecho a la libre iniciativa privada, con un interés público vinculado con la seguridad de la edificación (necesario para preservar la integridad física de las personas) y la zonificación (necesaria para disminuir el impacto de la actividad económica en el distrito)".

4 Resulta interesante destacar la especial naturaleza de los costos asociados a las barreras burocráticas. Así, se ha señalado que "el problema es que el impacto de las barreras burocráticas es muy difícil de medir, porque está oculto. Así, por ejemplo, el real impacto no es el monto de las tasas que se les cobró indebidamente a los administrados en un trámite que no debería existir, sino el valor de la actividad productiva que un número indeterminado de agentes dejaron de realizar porque no querían o no podían pagar la tasa. Es el costo invisible de los retrasos y de las decisiones de no invertir". ENRIQUE CAVERO, "¿Piedra en el zapato o piedra de molino? Algunas reflexiones sobre la eliminación de barreras burocráticas", *Revista de Actualidad Mercantil*, n.º 4, 2016, p 48.

5 Con relación a las barreras que afectan el acceso al mercado, consúltese el trabajo de EDUARDO QUINTANA y LUCÍA VILLARÁN, "Regulación de entrada: Experiencia peruana sobre prohibiciones y restricciones para el acceso al mercado", *Ius et veritas*, n.º 53, 2016,

En este contexto, se hace necesario un *control* sobre lo que puede regular y exigir la Administración pública. En el Perú, uno de los controles (quizás el que más atención ha recibido en los últimos años) está representado por el sistema de eliminación de barreras burocráticas ilegales o carentes de razonabilidad.

Antes de entrar al detalle acerca de dicho sistema de control, es importante resaltar que, en derecho peruano, el control de la Administración pública ha estado esencialmente en manos del Poder Judicial<sup>6</sup>. En ese sentido, como es común en muchos ordenamientos jurídicos, la jurisdicción contencioso-administrativa ha sido la encargada de controlar las actuaciones de la Administración. Asimismo, la jurisdicción constitucional (a través del proceso de acción popular) ha tenido la competencia para controlar la potestad reglamentaria de la Administración. En ambos casos, lo cierto es que ha sido el Poder Judicial quien ha asumido el *control externo* de la Administración. Sin embargo, a inicios de los años noventa del pasado siglo se realizaron diversas reformas en el Perú con miras a promover el crecimiento de la inversión privada y combatir la mala burocracia. Es en dicho escenario en el que surge el mecanismo de *control interno* que es objeto del presente estudio, y que resulta *sui generis* si observamos el derecho comparado. Por ello es que resulta interesante y provechoso difundir sus particularidades, así como sus virtudes y defectos. Para ponerlo en otros términos, el legislador peruano consideró conveniente otorgar a una Administración el control de lo que hacen las demás administraciones<sup>7</sup>. Esa Administración es el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual (Indecopi). Sus competencias, como veremos más adelante, no son para nada desdeñables, pudiendo incluso *inaplicar con efectos generales* (casi como derogar, pero

p. 50 y ss. Asimismo, una visión más panorámica de los problemas burocráticos que se enfrentan en el Perú, en JORGE LAZARTE, *Sobreviviendo a la burocracia*, Lima: ADEB, 2019, pp. 37 y ss.

- 6 Ha sido así por mandato constitucional. En efecto, el artículo 148 de la Constitución Política del Perú dispone que las resoluciones administrativas que causan perjuicio son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa. El desarrollo legislativo de dicha disposición se encuentra en la Ley n.º 27584, que regula el proceso contencioso administrativo, cuyo artículo primero precisa que la acción contencioso administrativa tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la Administración pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados.
- 7 En términos normativos, ello empezó con el otorgamiento de facultades a la Comisión de Acceso al Mercado del Indecopi, mediante el artículo 26 bis del Decreto Ley n.º 25868 (incorporado mediante el Decreto Legislativo n.º 807 del 18 de abril de 1996). Dicha norma le otorgó competencias al Indecopi para evaluar los casos de barreras burocráticas. Como indicamos en el texto, este modelo se ha consolidado con el Decreto Legislativo n.º 1256 del 8 de diciembre de 2016.

no tanto) ciertas normas reglamentarias<sup>8</sup>. Y no solo eso, sino que incluso puede multar a esas otras entidades y sus funcionarios<sup>9</sup>.

Sin duda alguna, un modelo interesante que lleva varios años en ejecución y que recientemente se ha consolidado con el Decreto Legislativo n.º 1256 del 8 de diciembre de 2016 que aprobó la Ley de prevención y eliminación de barreras burocráticas (en adelante, la Ley). A la fecha, gracias a este sistema, miles de barreras burocráticas ilegales<sup>10</sup> o carentes de razonabilidad han sido inaplicadas. Por un lado, ello quiere decir que muchas actividades económicas han podido realizarse en un ambiente mucho más liberalizado, con todas las consecuencias positivas que se derivan. Por otro lado, ello quiere decir que este modelo de control de la Administración ha mostrado ser eficaz.

No obstante, no todo es color de rosa. En un momento dado<sup>11</sup>, Indecopi parece haber olvidado que la labor que le ha sido encomendada es una *responsabilidad* que *debe cumplir*. Poco a poco, esta autoridad se ha ido alejando de esa noción y ha empezado a asumir una suerte de rol de árbitro entre el ciudadano que denuncia una barrera y la entidad que la impone<sup>12</sup>. Sin razón válida de por medio, la autoridad ha perdido ligeramente el horizonte y se ha olvidado que es autoridad, y que sus poderes fueron otorgados para controlar y no para "arbitrar"<sup>13</sup>. La consecuencia perniciosa de ello es que el ciudadano

8 Sobre el particular, véase el trabajo de MILAGROS MARAVÍ, *Eliminación de barreras burocráticas*, Lima: Indecopi, 2013, p. 137.

9 Así lo disponen los artículos 34 y 35 del Decreto Legislativo n.º 1256 que tipifican las infracciones y sanciones.

10 Tan solo en el primer semestre de 2021, el Indecopi inaplicó 731 barreras burocráticas declaradas ilegales o carentes de razonabilidad impuestas por entidades gubernamentales. Para el segundo semestre, fueron 379, haciendo un total de 1.110 en 2021. Véase Ranking de Barreras Burocráticas 2021, disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/colecciones/5478-ranking-de-barreras-burocraticas-2021>.

11 Si bien resulta difícil precisar una fecha específica, consideramos que –paradójicamente– podría señalarse que dicho cambio empezó cuando entró en vigencia el mencionado Decreto Legislativo n.º 1256 del 8 de diciembre de 2016. Como hemos señalado, esta norma consolidó el modelo peruano de eliminación de barreras burocráticas. Sin embargo, como explicaremos más adelante, su regulación también ha marcado el derrotero para el cambio de visión que, consideramos, debe ser revisado.

12 Al respecto, no dejan de ser llamativas las estadísticas que el mismo Indecopi publicó en 2020 respecto de las barreras burocráticas impuestas a nivel local. Entre los datos que confirmarían este nuevo rol asumido por el Indecopi destacamos que la gran mayoría (más del 90 %) de procedimientos son iniciados a raíz de una denuncia; un porcentaje muy bajo es iniciado de oficio. Véase "Índice de barreras burocráticas de acceso al mercado impuestas a nivel local durante el año 2020", disponible en: <https://www.consumidor.gob.pe/documents/1902049/4234001/INDICE+BB+2020+.pdf/2169c2a2-28bb-7136-6b4f-f9f02d9788b3>.

13 Además de los datos que figuran en el documento citado en la nota anterior, cabe resaltar los casos que revelan esta nueva visión del Indecopi. Si bien se citarán más

que denuncia ha dejado de ser visto como un colaborador de la autoridad para ser considerado la "parte" de un "procedimiento". Paradójicamente, ese cambio de mirada ha generado que sea el Indecopi quien llene de trabas el camino para denunciar una barrera<sup>14</sup>. De eso se trata este artículo: de las barreras del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas<sup>15</sup>. Para ello, como hemos adelantado, nos enfocaremos en el rol del denunciante en el procedimiento y en la verdadera naturaleza del procedimiento de eliminación de barreras. Apostamos así por recordar la función de control que la autoridad está llamada a cumplir.

Para ello, seguiremos una metodología de tipo dogmático, partiendo de las bases teóricas que explican el rol que cumple el denunciante en cualquier procedimiento administrativo y de la función de control que subyace al procedimiento de eliminación de barreras burocráticas. Asimismo, se empleará un método cualitativo que se centra tanto en el análisis teórico y la interpretación normativa, como en el análisis de casos. Ahora bien, sin perjuicio del análisis teórico que se realizará, la presente investigación pretende ser de tipo aplicada, en la medida que se busca brindar una solución al problema detectado: las barreras o trabas del procedimiento de eliminación de barreras.

adelante en este trabajo, resaltamos los casos resueltos mediante las resoluciones n.º 0181-2020/CEB-INDECOPÍ, n.º 250-2020/SEL-INDECOPÍ y n.º 0032-2021/CEB-INDECOPÍ. En todos estos casos recientes se aprecia el rol de "árbitro" que ha asumido el Indecopi, centrándose en aspectos de forma (admisibilidad, procedencia) y formulando exigencias desmesuradas al denunciante (por ejemplo, interés para obrar), pese a que este es un colaborador. Sobre este punto, nos pronunciaremos en el siguiente acápite.

- 14 Al respecto, nos remitimos nuevamente a las estadísticas que el mismo Indecopi publicó en 2020, respecto de las barreras burocráticas impuestas a nivel local. Como podrá apreciarse, estos datos son ilustrativos de las trabas que hoy enfrenta al denunciante: (1) un gran porcentaje de casos culmina en inadmisibilidad (es decir, se rechaza la denuncia por requisitos formales); y (2) otro gran porcentaje culmina en improcedencia (es decir, se rechaza la denuncia de plano, sin entrar al fondo). Véase "Índice de barreras burocráticas de acceso al mercado impuestas a nivel local durante el año 2020", *op. cit.*
- 15 Es importante mencionar que esta problemática ha sido abordada también en otro trabajo muy interesante, especialmente por el análisis jurisprudencial realizado: JUAN CHANG y ALONSO SALAZAR, "Eliminando barreras burocráticas e... ¿institucionales? Comentarios a la jurisprudencia actual de los órganos resolutivos en materia de barreras burocráticas", *Diálogo con la jurisprudencia*, n.º 272, 2021, p. 236: "Y es que, las decisiones que toman estos órganos repercuten directamente sobre la sociedad, a veces de maneras más positiva que otras; a veces abren puertas, pero, en otros casos, parece que las intentan cerrar. Comentarlas y discutirlas sirve tanto para reconocer decisiones acertadas, como para ver qué cosas pueden mejorarse. Porque, así como lo bueno tiene un impacto directo sobre la sociedad, los desaciertos le restan el verdadero impacto que los casos de eliminación de barreras deberían tener".

## 1. EL ROL DEL DENUNCIANTE EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS: PERSPECTIVA GENERAL

El denunciante ha sido, es y será un *colaborador* de la Administración, con independencia de la materia que sea objeto de denuncia<sup>16</sup>. En cualquier escenario en donde aparece un denunciante, este actúa colaborando con la autoridad, dirigiendo su atención sobre una situación ilegal que la autoridad por sí misma no había advertido. Sucede así cuando un ciudadano denuncia ante la municipalidad que un local viene operando sin licencia; el mismo fenómeno se presenta cuando una comunidad presenta una denuncia ante la autoridad ambiental porque ha ocurrido un derrame en un río; y lo misma pasa cuando una empresa denuncia que se ha formado un cartel que está fijando precios.

Vale notar que "denunciante" e "ilegalidad" son conceptos que se vinculan. Quien denuncia, denuncia algo ilegal. Así de simple. Si tiene o no razón es otro tema. Lo cierto es que el denunciante advierte un hecho que estima ilegal y lo pone en conocimiento de la autoridad para que sea esta quien –en ejercicio de sus competencias– investigue y adopte las medidas correspondientes.

¿Por qué es un colaborador? Por la sencilla razón que la identificación, investigación y sanción de conductas ilegales no le compete al ciudadano, sino a la autoridad. Es deber de la autoridad identificar, investigar y sancionar. Siendo así, aquel que le brinda información es, por definición, un *colaborador*<sup>17</sup>.

Ello no cambia dependiendo del tipo o la cantidad de información. El denunciante puede solo indicar el hecho ilegal y la persona que cree responsable (poca información), o puede dar un detalle de los acontecimientos con las correspondientes pruebas (mucha información). En cualquier caso,

16 Sobre el rol del denunciante, es forzoso remitirnos al trabajo de CÉSAR CIERCO, *La participación de los interesados en el procedimiento administrativo*, Bolonia: Real Colegio de España, 2002, pp. 159 y ss. Respecto de la denuncia en el ordenamiento jurídico peruano, véase ORLANDO VIGNOLO, "El legislador y el nuevo régimen de protección al denunciante en el ámbito administrativo y de colaboración eficaz en el ámbito penal aprobado por la Ley 20542", *Ita ius esto*, n.º 6, 2010, pp. 158-159.

17 CÉSAR CIERCO, *La participación de los interesados en el procedimiento administrativo*, op. cit., p. 166: "el fundamento último de la denuncia ha de buscarse en la idea de colaboración desinteresada con los órganos públicos –no en vano nuestra jurisprudencia ha hecho uso en no pocas ocasiones de la noción de 'agente de la Administración' para explicar la posición del denunciante– y por ello su significación se limita al reducido papel de fuente de información u obtención de datos". Vale notar que esta es la misma noción que se maneja en la legislación peruana, concretamente en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General ("TUO de la LPAG"): "Todo administrado está facultado para comunicar a la autoridad competente aquellos hechos que conociera contrarios al ordenamiento, sin necesidad de sustentar la afectación inmediata de algún derecho o interés legítimo, ni que por esta actuación sea considerado sujeto del procedimiento".

el denunciante sigue siendo un colaborador. El denunciante será un colaborador sin importar la cantidad de información que aporte.

¿Y si tiene un *interés particular* en la denuncia? Por ejemplo, cuando un trabajador denuncia a su empresa por actos de hostilidad dirigidos en su contrato, o cuando un consumidor denuncia a un proveedor de electrodomésticos porque le vendieron una lavadora defectuosa. Pues bien, ello en nada cambia su rol, porque el interés privado que pueda tener no es el que toma en cuenta la ley en el momento de establecer que cierta situación es ilegal y debe ser sancionada o corregida; el interés que toma en cuenta la ley es el *interés público*, cuya defensa le corresponde a la Administración pública.

Distinto es que la existencia de un *denunciante interesado* pueda generar que *participe* en el procedimiento con una serie de derechos que no tiene un denunciante común<sup>18</sup>, tal como explicaremos más adelante. Sin embargo, ello no suprime su rol de colaborador, ni mucho menos suprime el rol de la Administración como la primera interesada en proteger el interés público.

En efecto, en los ejemplos brindados, el trabajador o el consumidor pueden tener ciertos derechos (por ejemplo, a participar en la audiencia), pero ello no implica desconocer que la *finalidad pública* de los procedimientos sigue primando. Así, sigue primando el interés público de tutelar los derechos de los trabajadores (en abstracto) o la idoneidad de los bienes en las relaciones de consumo.

## 2. EL PROCEDIMIENTO DE ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS

Explicado el rol del denunciante, interesa adentrarnos en el tema principal: el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas. Vale aclarar que no se pretende realizar un recuento histórico sobre los orígenes de este procedimiento, ni sobre la regulación desperdigada que tuvo en sus inicios. Sobre esos aspectos, ya se han realizado estudios importantes en nuestro medio<sup>19</sup>.

- 18 Sobre el particular, *cfr.* CÉSAR CIERCO, *La participación de los interesados en el procedimiento administrativo*, *op. cit.*, p. 168: "Surge así el denunciante cualificado también denominado denunciante interesado, al que habrán de reconocerse en el curso del procedimiento administrativo que se siga a raíz de la denuncia idénticas facultades de intervención que a los restantes interesados (acceso a la documentación contenida en el expediente, introducción de alegaciones y proposición ele medios probatorios, etc.)".
- 19 Además de aquellos citados anteriormente, puede revisarse el trabajo de ÚRSULA PATRONI, "Eliminar barreras burocráticas, la otra cara de la reforma del Estado", *Revista de Derecho Administrativo*, n.º 10, 2011, pp. 303-304. Otro estudio profundo sobre el tema, anterior a la entrada en vigencia de la Ley actual, lo encontramos en FRANCISCO OCHOA, "Fundamentos del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas", *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, vol. 10, n.º 19, 2014, pp. 39-45 (que reconoce hasta seis etapas antes del Decreto Legislativo n.º 1256). También puede leerse

En ese sentido, nos centraremos en su concepción como un *procedimiento administrativo trilateral*, tomando en cuenta que esta posición tiene implicancias en la forma como se ha regulado el procedimiento. Por ello interesa –en este apartado– explicar cómo se viene entendiendo dicho procedimiento, para luego –en el siguiente apartado– realizar una lectura crítica.

## 2.1. SU CONCEPCIÓN COMO PROCEDIMIENTO TRILATERAL

El procedimiento de eliminación de barreras burocráticas, como su nombre sugiere, tiene como objetivo controlar las barreras burocráticas. Siendo más específicos, diríamos que tiene por finalidad controlar las barreras que impone la Administración, sea a través de actos concretos o mediante normas reglamentarias. Siendo aún más específicos, diríamos que ese control se realiza usando dos criterios: la legalidad y la razonabilidad.

El verbo *eliminar* es probablemente incorrecto, considerando que el resultado del procedimiento no implica una "derogación" de las normas o una "invalidación" de los actos, sino solo la *inaplicación* de las barreras. En ese sentido, se trata de un control de barreras acotado.

Ahora bien, el procedimiento como tal está estructurado en función de dos supuestos, conforme se desprende del artículo 7.<sup>º</sup> de la Ley. Según esta norma, el procedimiento puede iniciarse de oficio o a pedido de parte. Aquí nos centraremos en el segundo supuesto, no solo porque, en la práctica, es el más común, sino principalmente porque toda la regulación posterior (sobre admisibilidad y procedencia) está pensada en el procedimiento que se inicia a pedido de parte.

En efecto, todo su capítulo tercero, denominado "reglas generales del procedimiento", está pensado para el procedimiento que se inicia a pedido de parte. Así, se regula su duración, los requisitos para interponer la denuncia, la representación, el reembolso de costas y costos, y la improcedencia de la denuncia, entre otros.

En ese sentido, el procedimiento está concebido como un *procedimiento trilateral*. El denunciante –como veremos en breve– es considerado *parte* del procedimiento; como tal, no solo tiene derechos, sino que soporta una serie de *cargas* que buscan que sea él quien *impulse* el procedimiento.

Específicamente, la Ley le atribuye la *carga de aportar las pruebas* necesarias para acreditar las barreras y, de ser el caso, los indicios suficientes para analizar su falta de razonabilidad<sup>20</sup>. Como puede apreciarse, la regulación

con provecho el trabajo de JUAN LUIS AVENDAÑO y FIORELLA ZUMAETA, "El que no cae, no tiene que resbalar en el Poder Judicial. Las barreras burocráticas y el procedimiento administrativo", *Ius et veritas*, n.<sup>º</sup> 43, 2011, pp. 210 y ss.

20 Cfr. CÉSAR CARRILLO, "Yo también quiero competir: Las barreras de entrada y de permanencia y el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas", *Themis-Revista de Derecho*, n.<sup>º</sup> 78, 2020, pp. 421-423.

de la Ley sigue la misma lógica del procedimiento trilateral, tal como es considerado en la Ley de procedimiento administrativo general; basta con ver el artículo IV del Título Preliminar.

Esta regulación parte de la premisa de que hay un *interés privado* relevante detrás del denunciante, lo que ameritaría que se regule el procedimiento como uno trilateral, en donde la autoridad –si bien sigue tutelando el interés público– asume una posición de árbitro.

## 2.2. EL ROL DEL DENUNCIANTE COMO PARTE

Al concebir el procedimiento como uno trilateral, se entiende que el denunciante asume el rol de *parte*. Como tal, es el principal interesado en el procedimiento y quien debe impulsarlo.

Por ello, la Ley le reconoce una serie de derechos, pero como mencionamos antes también una serie de cargas, entre las que destaca la carga de probar la existencia de la barrera y de aportar indicios suficientes sobre la falta de razonabilidad. Cabe notar que la Ley es reacia a aceptar que la autoridad actúe de oficio, dado que decreta la *improcedencia* si el denunciante no aporta los mencionados indicios.

En la práctica, la actitud que viene tomando la autoridad es sintomática de esta concepción del procedimiento y del denunciante. Basta comprobar que los requerimientos de información o las observaciones se formulan –casi siempre– bajo *amenaza* de declarar la improcedencia y archivar el procedimiento<sup>21</sup>. En el mejor de los casos se otorgan dos días hábiles para cumplir tales pedidos.

En términos sencillos, esta concepción del denunciante como parte niega su rol de colaborador. Así, el denunciante pasa de ser un colaborador a ser el *interesado principal* del procedimiento. En consecuencia, si el denunciante no muestra suficiente interés (a criterio de la autoridad), la tramitación de la denuncia se cae.

## 3. UNA REVISIÓN DEL MODELO DE CONTROL ADMINISTRATIVO EN DERECHO PERUANO

De lo expuesto hasta aquí, el lector habrá advertido que el modelo adoptado tiene ciertas deficiencias que ameritan una revisión. Como es evidente, no abordaremos aquí todas las críticas que sería posible realizar a la norma y a su aplicación por parte del Indecopi; ello requeriría muchas más páginas.

21 Esta problemática ha llevado a algunos autores a brindar recomendaciones para plantear las denuncias y evitar el riesgo de improcedencia. Cfr. JUAN CHANG y ALONSO SALAZAR, "Eliminando barreras burocráticas e... ¿institucionales?", *op. cit.*, pp. 238-241.

Aquí nos centraremos en la crítica que parte de la falta de comprensión de los conceptos antes mencionados, sobre el rol del denunciante y la finalidad de control que justifica el sistema de eliminación de barreras burocráticas.

### 3.1. SU FINALIDAD COMO MECANISMO DE CONTROL INTERNO DE LA ADMINISTRACIÓN

Un primer aspecto clave para comprender la necesidad de revisar el modelo pasa por entender su finalidad. En ese sentido, es esencial preguntarnos, ¿para qué sirve el sistema de eliminación de barreras burocráticas?

Como ya adelantamos, el sistema de eliminación de barreras burocráticas sirve para *controlar* a la Administración pública<sup>22</sup>, tanto en sus decisiones concretas (actos administrativos o actuaciones materiales), como en sus reglamentos (denominados "disposiciones administrativas" por la Ley). Su rasgo distintivo se encuentra en que dicho control se ejerce con el propósito de proteger el libre mercado; por ello, las barreras controlables son aquellas que impiden el acceso o ponen en riesgo la permanencia en el mercado de los agentes económicos, así como aquellas que vulneran los principios de simplificación administrativa<sup>23</sup>.

Siendo un mecanismo de control, este sistema se enmarca en el amplio espectro del control de la Administración pública. Sin ir mucho al detalle, basta recordar que ninguno de los poderes que ejerce la Administración puede quedar exentos de control. Por eso, existen una serie de mecanismos para asegurarse que la Administración actúe conforme a la ley y de forma razonable.

Así, podemos clasificarlos en controles externos e internos, dependiendo de *quién* se encarga de controlar a la administración<sup>24</sup>. El *control externo*

22 Sobre la función de control, remítase al trabajo de JORGE AGUDO, *La función administrativa de control. Una teoría del control orientada a la configuración de un sistema de justicia administrativa*, Navarra: Aranzadi, 2018, pp. 37-40. Dentro de la tipología de controles que contempla este autor, el control que ejerce Indecopi calzaría como un "control correctivo" (pp. 54-57). Por otro lado, específicamente sobre el sistema de barreras burocráticas como mecanismo de control, véase el trabajo de JORGE DANÓS, "El control de la Administración pública en el Perú", en *El control de la actividad administrativa*, Bogotá: Temis, 2017, pp. 323-327.

23 En palabras de la Corte Suprema peruana, en la sentencia de casación n.º 25135-2018-Lima, del 9 de marzo de 2021: "Desde su creación en mil novecientos noventa y dos, la legislación sobre eliminación de barreras burocráticas fue concebida para lograr dos finalidades: fomentar la competitividad empresarial y disminuir la tramitología a su mínima expresión".

24 Véase el reciente trabajo de FRANCISCO VELASCO, *Administraciones públicas y derechos administrativos*, Madrid: Marcial Pons, 2020, pp. 97-99. También: JUAN SANTAMARÍA PASTOR, "Los controles sobre la actuación de las Administraciones públicas", en Fernando Sainz Moreno (dir.), *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, Madrid: INAP, 2004, p. 179,

por excelencia es el *control judicial*. Aquí en el Perú, tanto la jurisdicción contencioso-administrativa como la jurisdicción constitucional se encargan de controlar la actividad de la Administración.

El *control interno* es variado. Tenemos el caso de tribunales administrativos que controlan ciertas actividades de otras entidades, como sucede en el Perú con la contratación pública, en donde el Tribunal de Contrataciones del Estado revisa las adjudicaciones realizadas en los diversos procesos de selección de contratistas. Y tenemos, obviamente, el sistema de eliminación de barreras burocráticas, a cargo del Indecopi<sup>25</sup>.

Vale notar, entonces, que el Indecopi cumple un rol fundamental en el control de la Administración pública<sup>26</sup>. La finalidad de interés público que subyace a esta competencia es evidente y no puede olvidarse en el momento de ser ejercida. No puede olvidarse que todo ejercicio de una potestad conlleva también la responsabilidad de la autoridad. Pues bien, la clave aquí es la palabra *responsabilidad*, que revela que el control de la Administración constituye una competencia que *debe* ser ejercida por el Indecopi.

Pero no solo ello, sino que –idealmente– el Indecopi debería mirar cómo operan los demás mecanismos de control y encontrar así ciertos criterios que resultan claves para entender su función. Por ejemplo, no debería haber mayores diferencias (salvo matices) en el control que realiza Indecopi sobre los reglamentos y aquel que realiza el juez constitucional cuando tiene frente una demanda de acción popular<sup>27</sup>. La lógica de *legitimación abierta* del

quién nos habla de otros mecanismos de control, incluyendo controles preventivos y parlamentarios.

- 25 Así, se ha destacado que "El modelo peruano se ha configurado, pese a sus limitaciones, como un ejercicio positivo de control interno desde y hacia la propia Administración frente a este tipo de problemas que afectan el crecimiento de un país. Creemos, desde aquí, que darle una mirada al modelo peruano de eliminación de barreras burocráticas puede servir de impulso a otros países en vías de desarrollo para plantear la discusión acerca de la necesidad de buscar mecanismos que incentiven la inversión y la estabilidad económica y legal". MARIO DRAGO y FIORELLA ZUMAETA, "El Estado contra el Estado: El modelo peruano de eliminación de barreras burocráticas como propuesta para el crecimiento económico de países en vías de desarrollo", *Forseti*, n.º 1, 2013, p. 122.
- 26 Existe cierto consenso en el Perú sobre el rol esencial que viene cumpliendo Indecopi en dicho ámbito. Además de las referencias anteriores, recomiéndase la lectura de ALFONSO RIVERA, "El rol del Indecopi en la eliminación de barreras burocráticas. Recientes desarrollos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que orientan la resolución de los casos de barreras impuestas por los gobiernos locales en materias sujetas a regulaciones de carácter nacional", *Advocatus*, n.º 30, 2014, p 22; y CÉSAR OCHOA, "El control de barreras burocráticas por el Indecopi y la tutela de derechos fundamentales económicos", *Derecho PUCP*, n.º 71, 2013, p. 442: "debemos reconocer que ha consolidado, a través de sus resoluciones y precedentes, un destacado rol de tutela de los derechos económicos fundamentales".
- 27 Referencia obligatoria sobre el tema en el Perú es el libro de JUAN CARLOS MORÓN,

proceso de acción popular debería ser adoptada por el Indecopi o, al menos, debería servir para *flexibilizar* los criterios de admisibilidad de una denuncia. En efecto, si se ha previsto una legitimación abierta es porque el control sobre los reglamentos debería ser impulsado por cualquier interesado, en tanto estamos frente a normas que se aplican a todos por igual. ¿Por qué habría de existir una diferencia cuando se denuncia una barrera burocrática ilegal que se materializa en un reglamento? La respuesta es que no debería existir ninguna diferencia.

### 3.2. EL ROL DEL DENUNCIANTE EN EL PROCEDIMIENTO DE ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS: DE "PARTE RECLAMANTE" A "DENUNCIANTE CUALIFICADO"

Comprendido lo anterior, será fácil entender también que el denunciante en el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas no puede ser considerado "parte reclamante" del procedimiento. En efecto, considerando la intensidad del interés público involucrado en el procedimiento de control, debe descartarse que estemos frente a un procedimiento trilateral<sup>28</sup>.

Por ello, el denunciante no es un reclamante en los términos de la LPAG. De ahí que el impulso principal del procedimiento deba estar en cabeza de la misma autoridad, porque –repetimos– es el principal interesado en cumplir con su función de control sobre las actuaciones de la Administración. En efecto, debe ser la autoridad la más interesada en controlar que la Administración no esté formulando exigencias sin sustento legal o que esté imponiendo prohibiciones irrazonables por ser arbitrarias o desproporcionadas.

Siendo así, los *principios de impulso de oficio y verdad material* cobran aquí una importancia trascendental<sup>29</sup>. En efecto, más que en cualquier otro caso, ne-

*El control jurídico de los reglamentos de la administración pública*, Lima: Gaceta Jurídica, 2014, especialmente los capítulos 2 y 3.

- 28 Como ha precisado la doctrina, en los procedimientos trilaterales "la Administración actúa como una especie de árbitro o tercero componedor de intereses privados, respecto de controversias sometidas al derecho público". RAMÓN HUAPAYA, *Administración pública, derecho administrativo y regulación. Estudios y cuestiones*, 2.<sup>a</sup> ed., Lima: Ara Editores, 2013, p. 65. En sentido similar, también se ha indicado "este procedimiento sirve de cauce para una particular actividad de la función administrativa: la actividad de solución de controversias intersubjetivas, para lo cual la autoridad está más neutralizada en la gestión de intereses públicos ya que actúa supraordinariamente a los intereses de las partes que cotejan sin ser titular de un interés propio distinto a tener que resolver prestamente la disputa para mantener la disciplina en un determinado mercado". JUAN CARLOS MORÓN, *Comentarios a la ley de procedimiento administrativo general*, t. II, 14.<sup>a</sup> ed., Lima: Gaceta Jurídica, 2019, p. 274. En tal sentido, se aprecia claramente que su naturaleza no se condice con el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas.
- 29 Lo que no se condice con el procedimiento trilateral, en donde el principio de verdad material se ve atenuado. Cfr. *ibid.*

cesitamos aquí una Administración activa, eficiente y eficaz, que cumpla con garantizar que está realizando un adecuado control de la Administración. Y ello pasa por tener una autoridad que no se quede con lo señalado o aportado por el denunciante, sino que vaya *más allá* en la investigación y recopilación de pruebas.

Si el denunciante no aporta suficientes medios de prueba, pues la autoridad debe actuar las que sean necesarias. Siendo la principal interesada, la autoridad deberá conducirse como tal, exigiendo documentos a las entidades denunciadas, realizando interrogatorios a los funcionarios, recabando pruebas a través de la colaboración con otras entidades o, incluso, con otros ciudadanos interesados. Es importante también destacar que los espacios para escuchar a las partes –las audiencias– son una manera de aterrizar los principios mencionados.

Lo dicho no implica que el denunciante sea un eslabón menor en la cadena o que deba ser retirado del procedimiento, luego de agradecerle por su colaboración. Nada más alejado de la realidad. Por el contrario, el denunciante será –la mayor de las veces– un denunciante cualificado, es decir, alguien con *interés legítimo* en el procedimiento, sea porque es el directamente afectado por una exigencia que le ha sido formulada en un trámite (por ejemplo, para obtener su licencia de funcionamiento), sea porque es afectado por una prohibición que le impide realizar sus negocios (por ejemplo, una norma que le impide realizar ampliaciones en su local). Siendo así, es claro que tiene *interés* en el resultado del procedimiento, porque finalmente será beneficiado si la autoridad decide *inaplicar* la barrera denunciada.

Sin embargo, ese interés no tiene como consecuencia que el denunciante adquiera protagonismo en el caso. Reiteramos que el protagonismo lo sigue teniendo la propia autoridad, porque aquel interés privado cede frente al interés público que subyace a todo control de la administración.

En ese sentido, el interés que tiene el denunciante solo afecta la serie de *derechos* que la ley le garantiza para que participe en el procedimiento. Así, siendo un denunciante cualificado, tiene derecho a intervenir en el procedimiento como un verdadero *administrado*, en los términos del artículo 62 del Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General (TUO de la LPAG). Ello implica ofrecer pruebas, ser notificado con las actuaciones del caso, presentar alegaciones, participar en el informe oral y recurrir las decisiones que le causen agravio, entre otros.

### 3.3. REVALORACIÓN DEL PRINCIPIO DE ENCAUSAMIENTO

Párrafos atrás mencionamos la relevancia de los principios de impulso de oficio y verdad material en el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas. Sin perjuicio de ello, existe un principio en la Ley que comprende un ideal subyacente similar: el *principio de encausamiento*.

El artículo 4.<sup>º</sup> de la Ley define el principio de encausamiento en los siguientes términos:

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

Conforme con la norma citada, se impone sobre la autoridad dos *deberes*: (1) identificar otros medios de materialización de una barrera, no indicados en la denuncia; y (2) identificar barreras del texto íntegro de la denuncia, no solamente del petitorio planteado por el denunciante.

La lógica que subyace a dichas reglas es la que venimos comentando: hay razones de *interés público* que ameritan suplir las deficiencias que pueden presentar las denuncias, considerando que el objetivo principal del procedimiento es controlar la actividad de la Administración.

En términos sencillos, el principio de encausamiento le exige a la autoridad que no cierre los ojos frente a otras barreras no denunciadas u otros medios de materialización. En ese sentido, al exigirle a la autoridad que *encause* el procedimiento, se le pide que *impulse de oficio el mismo*, para que la decisión final que tome sea acorde con la *verdad material*. Nótese cómo juegan o deben jugar estos tres principios en el momento de guiar la actuación del Indecopi.

Ahora bien, la norma ciertamente no es óptima. Al poner el condicionante "cuando sea evidente su existencia" no ayuda mucho. En realidad, por impulso de oficio y verdad material, la autoridad debería identificar otros medios de materialización, aún cuando no sea evidente. Y es que, a veces, no basta con "no cerrar los ojos", sino que es imperativo tenerlos bien abiertos y mirando más allá de lo evidente.

Del mismo modo, la norma no ayuda cuando condiciona al "texto íntegro de la denuncia". ¿Qué pasa si la barrera se puede identificar de la respuesta de la entidad denunciada?, ¿debe la autoridad ignorar ello? Evidentemente no. Otra vez, la autoridad debe tener los ojos bien abiertos para detectar cualquier tipo de barrera, aun si no ha sido denunciada. La finalidad del sistema así lo justifica. Sin embargo, si a la autoridad no le basta pensar en la "finalidad" de la competencia que le ha sido otorgada, entonces nos remitimos al artículo 7.1 de la Ley que permite iniciar procedimientos de oficio. Bajo esta norma, si la autoridad identifica una barrera –aun cuando no haya sido denunciada o no se desprende del texto de la denuncia– debe incorporarla al procedimiento.

Recientemente la Corte Suprema peruana ha invocado un *principio de interpretación favorable* que, a su criterio, debe orientar la labor del Indecopi. Así, en la sentencia de casación n.<sup>º</sup> 25135-2018-Lima, del 9 de marzo de 2021, la Corte Suprema peruana sostuvo lo siguiente:

En virtud de este principio, cuando existe más de una forma de interpretar una disposición el Indecopi debe hacer prevalecer aquel sentido interpretativo que cumpla mejor la finalidad de la legislación sobre eliminación de barreras burocráticas, esto es, fomentar la competitividad empresarial (garantizando el acceso y la permanencia en los mercados) y disminuir la tramitología a su mínima expresión (garantizando la simplificación administrativa). La relevancia de este principio radica en que la legislación sobre eliminación de barreras burocráticas plantea un modelo de control del Estado frente al Estado, por lo que la autoridad administrativa permanece expuesta a presiones de orden político o mediático, más aún cuando el Indecopi es una entidad que pese a estar adscrita a la Presidencia del Consejo de Ministros debe juzgar las medidas impuestas por esta última o por cualquier otro ministerio. Así pues, el "principio de interpretación favorable", refuerza la independencia técnica del Indecopi empoderando su capacidad decisoria para dar cumplimiento de las dos finalidades que motivan la existencia de la autoridad administrativa.

La aplicación de dicho principio resulta fundamental para los casos que venimos comentando, en donde se requiere un Indecopi que interprete adecuadamente sus competencias y adopte la posición que le permite mejor cumplir con su finalidad: fomentar la competitividad y garantizar la simplificación administrativa. Ello debería llevarla a hacer un mejor uso del *principio de encausamiento*, de manera que más denuncias obtengan un pronunciamiento de fondo, y no una declaración de improcedencia basada en aspectos meramente formales.

En ese sentido, es deber de la autoridad aplicar el principio de encausamiento. Pero no solo ello, sino que además debe ignorar las ilógicas restricciones que impone la norma (aplicando para ello otros principios que entran en juego).

### 3.4. SOBRE LA RESTRICCIÓN TEMPORAL PARA APORTAR INDICIOS DE CARENCIA DE RAZONABILIDAD

Una regla que atenta totalmente contra la finalidad del sistema<sup>30</sup> y contra todo lo que venimos sosteniendo es la prevista en el artículo 15<sup>[31]</sup> de la Ley.

- 30 También se critica este aspecto en el trabajo de CÉSAR CARRILLO, "Yo también quiero competir", *op. cit.*, p. 423: "Por lo tanto, es posible observar que las exigencias que impone el DL 1256 para presentar indicios suficientes y que se proceda con el análisis de razonabilidad deberían ser objeto de un cambio de criterio por parte de la CEBB y la SEBB a un criterio no restrictivo y orientado analizar la razonabilidad de las medidas denunciadas por los administrados, cuya participación en estos procedimientos resulta de gran importancia para contribuir a mejorar la política regulatoria y el desarrollo del país. En todo caso, tal exigencia también podría ser objeto de una reforma legislativa que busque fortalecer este régimen con la finalidad de permitir, sin lugar a dudas, el análisis y la posible eliminación o inaplicación de las barreras burocráticas carentes de razonabilidad".
- 31 "Artículo 15. Condiciones para realizar el análisis de razonabilidad. La Comisión o la Sala, de ser el caso, realiza el análisis de razonabilidad de una barrera burocrática en

El lector que nos haya seguido hasta aquí advertirá fácilmente el problema que esta norma trae consigo. Sin justificación de por medio, la norma limita la presentación de *indicios sobre la carencia de razonabilidad* hasta antes de la admisión a trámite<sup>32</sup>. Es decir, bajo esta norma, no se pueden presentar indicios de razonabilidad de forma posterior a la admisión a trámite, ni siquiera luego de que es contestada la denuncia.

La norma llega a niveles insospechados cuando limita la evaluación incluso en los procedimientos de oficio. Expresamente limita la evaluación a los indicios que obran en la resolución de inicio.

En suma, la autoridad se condena a sí misma a no resolver o a ignorar determinados hechos. Todo lo contrario a las exigencias de la verdad material que precisamente demandan que la autoridad tome en cuenta todos los hechos posibles para que su decisión sea la más adecuada posible.

Podríamos intentar ahondar más en el tema, pero lo cierto es que no se comprende la razón de esta restricción normativa. En los términos de la propia Ley, es una limitación que carece de razonabilidad. No tiene finalidad alguna y, si la tuviera, damos por sentado que no sería ni la medida menos gravosa, ni la más proporcional.

Vale la pena reiterar que, en un procedimiento de esta naturaleza, no cabe que la autoridad ignore los hechos, aun cuando le sean revelados tardíamente. El principio de verdad material así lo exige. Proceder de forma diversa implica una abdicación a ejercer una competencia.

### 3.5. SOBRE LAS REGLAS DE INADMISIBILIDAD E IMPROCEDENCIA

Aquí nos detendremos brevemente en un par de cuestiones que llaman la atención porque revelan la necesidad de un cambio en la Ley. Conforme hemos explicado previamente, la Ley debería ser flexible respecto de las denuncias presentadas, bajo la mirada que el denunciante es un colaborador

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

32 Existe escasa predictibilidad en torno a la valoración de los indicios y su suficiencia. Por ejemplo, en un caso seguido por la empresa Solgas S. A. contra el Ministerio de Energía y Minas, la Comisión del Indecopi concluyó que no se había presentado indicios suficientes de la falta de razonabilidad de la regulación cuestionada. Sin embargo, en la misma resolución se analizan los indicios presentados. En dicho contexto, no se sabe con certeza qué son indicios "suficientes" para el Indecopi. Véase la Resolución n.º 0181-2020/CEB-INDECOP.

de la autoridad en su objetivo de controlar las actuaciones ilegales e irrazonables de las diferentes entidades.

En ese sentido, las reglas de inadmisibilidad e improcedencia no deberían ser drásticas. Por ello, sorprende la regla del artículo 26 de la Ley, cuando establece que, ante el incumplimiento de uno requisito en la denuncia, la autoridad observar por única vez la misma otorgando un plazo de dos días hábiles para subsanar. Sin duda, se trata de una restricción irrazonable que no se condice con la finalidad que le hemos atribuido a la Ley.

En efecto, cabe pensar en una observación vinculada a los medios de materialización (por ejemplo, la publicación de un TUPA) que podría tomar más días en subsanar, dadas las dificultades en conseguir ciertos documentos oficiales que, por cierto, podrían ser aportados por las entidades denunciadas.

Lamentablemente, esta disposición viene siendo aplicada a rajatabla por la autoridad, razón por la cual conseguir la *admisión* de la denuncia se ha vuelto un logro<sup>33</sup>.

Otra regla que carece de justificación es la prevista en el artículo 27 de la Ley, conforme a la cual se declara la improcedencia de acuerdo con los supuestos previstos en el Código Procesal Civil. Es quizás aquí donde se aprecia de forma manifiesta la urgencia de una reforma.

En primer lugar, la aplicación del Código Procesal Civil resulta imperitante en un procedimiento que no debe ser concebido como un procedimiento trilateral<sup>34</sup>. La primacía del interés público en un procedimiento de control como este vuelve inaplicable las reglas concebidas para un proceso judicial entre partes iguales.

En segundo lugar, resulta irrazonable que se declare la improcedencia de la denuncia por cuestiones como la legitimidad para obrar o el interés

33 Al respecto, no podemos dejar de mencionar el caso seguido por la Empresa de Generación Huanza S. A. contra la Autoridad Nacional del Agua, en donde el Indecopi –en última instancia administrativa– declaró la nulidad de la resolución que admitió a trámite la denuncia. ¿La razón? No fueron adjuntados dos de los documentos que demostraban la existencia de la barrera denunciada, pese a que sí fueron presentados muchísimos más; y pese a que la misma entidad había reconocido la existencia de la barrera. Nótese además que estos no fueron solicitados en ninguna instancia a la denunciante ni a la denunciada. Como puede apreciarse, la admisión de una denuncia se ha convertido en un vía crucis. Véase la Resolución n.º 250-2020/SEL-INDECOPI.

34 Incluso es cuestionable que se aplique en el procedimiento trilateral. Al respecto, RAMÓN HUAPAYA, *Administración pública, derecho administrativo y regulación*, op. cit., p. 66: "Sin embargo, ello no impide afirmar de manera rotunda y sin salvedades que aun cuando el PAT sea un procedimiento que formalmente se encuentre cercano a la regulación de los procesos judiciales, dicha circunstancia no puede llevarnos a afirmar que deban aplicarse a rajatabla las disposiciones del CPC a la instrucción de dichos procedimientos administrativos, sino que, en todo caso, deberá preferirse la aplicación de las normas de la LPAG".

para obrar<sup>35</sup>. Ambas circunstancias deberían servir para matizar el nivel de participación del denunciante en el procedimiento (dependiendo de si es un denunciando cualificado o no), pero no para desestimar la denuncia.

Vale notar nuevamente adónde nos conduce esta regla. Un ciudadano podría denunciar una exigencia prevista en una norma reglamentaria que resulta manifiestamente ilegal (no tiene base legal, no ha sido incorporada en el TUPA, etc.). Pese a ello, la autoridad podría declarar improcedente la denuncia si el ciudadano mencionado carece de interés para obrar (por ejemplo, si ya no tiene un negocio al cual le es aplicable la exigencia). Un despropósito que implica una abdicación a la competencia que tiene la autoridad para controlar las exigencias ilegales.

Por ello, urge revisar estas reglas y, más aún, urge revisar cómo la autoridad las viene aplicando.

## CONCLUSIONES

La Administración pública es una máquina que debe velar por el interés público. Para ello, goza de una serie de potestades, conforme a las cuales impone sobre los ciudadanos exigencias, limitaciones, prohibiciones y cobros. Sin embargo, estas barreras que afectan la libertad económica de las personas pueden ser ilegales o carentes de razonabilidad. De ahí que sea imperativo su control.

En el Perú, dicho control está garantizado en varios frentes. Uno de ellos es el sistema de eliminación de barreras burocráticas manejado por el Indecopi. Sin duda alguna, se trata de un sistema muy útil y eficiente, frente a las deficiencias que –a la fecha– sigue mostrando el control judicial de la Administración.

35 Dentro de la más reciente jurisprudencia, encontramos que el Indecopi declaró que Viettel Perú S.A.C. carecía de *interés para obrar* y, en consecuencia, improcedente su denuncia, basándose en que la disposición consignada no establecía la prohibición denunciada como barrera. Lo alarmante llega al revisar la justificación: "Cabe señalar que, si bien la entidad denunciada, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 11-D del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, emitió actos administrativos a través de los cuales ordenó el cese de la contratación del servicio público móvil prepago en la vía pública, en el presente caso Viettel Perú S.A.C. ha señalado de forma expresa que únicamente es objeto de cuestionamiento la medida contenida en la referida disposición administrativa. En tal sentido, este colegiado considera importante precisar que, sin perjuicio de lo resuelto en el presente caso, se deja a salvo el derecho de Viettel Perú S.A.C. de cuestionar, en caso lo estime conveniente, los actos administrativos emitidos por el organismo regulador que pudieran contener barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad". En otras palabras, pese a tener certeza de la existencia de una barrera, el Indecopi optó por rechazar la denuncia. Véase la Resolución n.º 0032-2021/CEB-INDECOPÍ.

Sin embargo, para que dicho control interno que ejerce Indecopi sea totalmente útil y eficiente, es necesario que se comprenda que ese (el control) es su principal objetivo. Y que detrás de dicho control subyace una labor de interés público que no puede ser olvidada al estructurar el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas<sup>36</sup>.

Lamentablemente, la Ley contempla una serie de reglas que no se condicen con dicha finalidad, al considerar el procedimiento uno de naturaleza trilateral, en donde el denunciante es un reclamante que soporta la carga de impulsar el procedimiento. Por ello, urge una reforma de la Ley y un cambio de criterio de parte de las autoridades.

Cuando se comprenda la verdadera finalidad de este sistema de control, se comprenderá también que el denunciante es un colaborador y que la autoridad mantiene en su esfera la carga de impulsar el procedimiento, investigar y procurar emitir resoluciones de fondo, en donde garantice un efectivo control de las actuaciones públicas ilegales o carentes de razonabilidad.

Como hemos pretendido demostrar en estas páginas, urge un cambio normativo. Pero quizás urge en mayor medida un cambio en la forma de manejar el procedimiento por parte de los funcionarios responsables. Esperamos haber aportado nuestro granito de arena en la generación de ese cambio, al menos invitando a la reflexión sobre los aspectos que se pueden mejorar, sin más esfuerzo que la propia voluntad.

## BIBLIOGRAFÍA

AGUDO, JORGE. *La función administrativa de control. Una teoría del control orientada a la configuración de un sistema de justicia administrativa*. Navarra: Aranzadi, 2018.

AVENDAÑO, JUAN LUIS, Y FIORELLA ZUMAETA. "El que no cae, no tiene que resbalar en el Poder Judicial. Las barreras burocráticas y el procedimiento administrativo". *Ius et veritas*, n.º 43, 2011.

36 Cabe notar que el mismo Indecopi tiene en mente dicha función de control cuando actúa "fuera del procedimiento administrativo". Así, en una reciente investigación se ha destacado cómo el Indecopi ha adoptado un enfoque responsable de regulación, mediante una estrategia preventiva que implica actividades de advertencia, recomendaciones y monitoreo a las entidades, para que ellas mismas eliminen las barreras burocráticas sin necesidad de instaurar un procedimiento. Al respecto, véase el trabajo de FRANCISCO OCHOA, "Enfoque responsable en la fiscalización administrativa. Teoría, marco legal y práctica", en Eloy Espinosa-Saldaña (dir.), *Estudios sobre derecho administrativo. A 20 años de la ley del procedimiento administrativo general*, Lima: Derecho & Sociedad, 2021, pp. 548-549.

- CARRILLO, CÉSAR. "Yo también quiero competir: Las barreras de entrada y de permanencia y el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas". *Themis-Revista de Derecho*, n.º 78, 2020.
- CAVERO, ENRIQUE. "¿Piedra en el zapato o piedra de molino? Algunas reflexiones sobre la eliminación de barreras burocráticas". *Revista de Actualidad Mercantil*, n.º 4, 2016.
- CHANG, JUAN Y ALONSO SALAZAR. "Eliminando barreras burocráticas e... ¿institucionales? Comentarios a la jurisprudencia actual de los órganos resolutivos en materia de barreras burocráticas". *Diálogo con la jurisprudencia*, n.º 272, 2021.
- CIERCO, CÉSAR. *La participación de los interesados en el procedimiento administrativo*. Bolonia: Real Colegio de España, 2002.
- DANÓS, JORGE. "El control de la administración pública en el Perú". En *El control de la actividad administrativa*. Bogotá: Temis, 2017.
- DRAGO, MARIO, Y FIORELLA ZUMAETA. "El Estado contra el Estado: El modelo peruano de eliminación de barreras burocráticas como propuesta para el crecimiento económico de países en vías de desarrollo". *Forseti*, n.º 1, 2013.
- HUAPAYA, RAMÓN. *Administración pública, derecho administrativo y regulación. Estudios y cuestiones*, 2.<sup>a</sup> ed. Lima: Ara Editores, 2013.
- LAZARTE, JORGE. *Sobreviviendo a la burocracia*. Lima: ADEB, 2019.
- MARAVÍ, MILAGROS. *Eliminación de barreras burocráticas*. Lima: Indecopi, 2013.
- MORÓN, JUAN CARLOS. *El control jurídico de los reglamentos de la Administración pública*. Lima: Gaceta Jurídica, 2014.
- MORÓN, JUAN CARLOS. *Comentarios a la ley de procedimiento administrativo general*, t. II, 14.<sup>a</sup> ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2019.
- OCHOA, CÉSAR. "El control de barreras burocráticas por el Indecopi y la tutela de derechos fundamentales económicos". *Derecho PUCP*, n.º 71, 2013.
- OCHOA, FRANCISCO. "Fundamentos del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas". *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, vol. 10, n.º 19, 2014.
- OCHOA, FRANCISCO. "Enfoque responsivo en la fiscalización administrativa. Teoría, marco legal y práctica". En Eloy Espinosa-Saldaña (dir.), *Estudios sobre derecho administrativo. A 20 años de la ley del procedimiento administrativo general*. Lima: Derecho & Sociedad, 2021.

- PATRONI, ÚRSULA. "Eliminar barreras burocráticas, la otra cara de la reforma del Estado". *Revista de Derecho Administrativo*, n.º 10, 2011.
- QUINTANA, EDUARDO, Y LUCÍA VILLARÁN. "Regulación de entrada: Experiencia peruana sobre prohibiciones y restricciones para el acceso al mercado". *Ius et veritas*, n.º 53, 2016.
- RIVERA, ALFONSO. "El rol del Indecopi en la eliminación de barreras burocráticas. Recientes desarrollos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que orientan la resolución de los casos de barreras impuestas por los gobiernos locales en materias sujetas a regulaciones de carácter nacional". *Advocatus*, n.º 30, 2014.
- SANTAMARÍA PASTOR, JUAN. "Los controles sobre la actuación de las Administraciones Públicas". En Fernando Sainz Moreno (dir.), *Estudios para la reforma de la Administración pública*. Madrid: INAP, 2004.
- VELASCO, FRANCISCO. *Administraciones públicas y derechos administrativos*. Madrid: Marcial Pons, 2020.
- VIGNOLO, ORLANDO. "El legislador y el nuevo régimen de protección al denunciante en el ámbito administrativo y de colaboración eficaz en el ámbito penal aprobado por la Ley 20542". *Ita ius esto*, n.º 6, 2010.