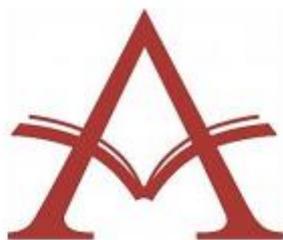


UNIVERSIDAD PERUANA DE LAS AMÉRICAS

**FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL
EXPEDIENTE CIVIL N° 000339-2015/CEB EP S.A PERU SAC**

PARA OPTAR EL TÍTULO DE ABOGADO

AUTOR:

MARIELA GABY GUERRERO MERA

ASESOR:

SIALER ÑIQUEN CARLOS ALBERTO

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN: DERECHO CIVIL

LIMA, PERÚ

2020

DEDICATORIA

Con profundo cariño y afecto dedico el presente trabajo a mis Padres Lorenza y Abraham, a mis hermanos Mario, Nicolás, Giovanni y Liliana; por quienes a diario me esfuerzo y doy lo mejor.

En memoria a mi amada Madre, Lorenza Mera Dávila, por ser ejemplo de lucha, superación, fe, paciencia, respeto y amor.

Mariela Gaby Guerrero Mera

AGRADECIMIENTO

A mis padres Lorenza y Abraham, a quienes amo profundamente, les dedico este logro, no sólo por haberme brindado su comprensión y apoyo incondicional durante toda la carrera, sino también por sus oportunos consejos que me orientaron en la toma de decisiones.

A mi maravilloso BB, por acrecentar mis ganas de seguir buscando el conocimiento y permitirme ser mejor persona al sentir su presencia y latir en mi.

A mi sobrina Marianela, por darme siempre toda la energía y buena vibra durante mi etapa estudiantil.

A mis grandes maestros y compañeros de aula, por incentivar y fomentar el autoaprendizaje y conocimiento.

RESUMEN

En el presente trabajo se pretende dilucidar la barrera burocrática generada en el expediente N° 000339-2015/CEB, cuya denuncia ha sido interpuesta por la empresa EP S.A. ante la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas - CEB, en contra de la MDLM, a fin de establecer la inaplicación de dicha barrera burocrática y se ordene a la denunciada pagar las costas y costos originados.

Previo análisis del expediente, se verificó que luego de haber sido interpuesta la denuncia por EP S.A, con fecha 07 de octubre de año 2015, solicita retirar la exigencia de la renovación y/o la realización de un nuevo trámite, respecto de la autorización de anuncio publicitario al exterior de su local comercial al vencimiento del certificado anterior, solicitando que dicha renovación y/o nueva obtención de trámite sea declarada una barrera burocrática ilegal, además se constató que el procedimiento se realizó conforme a los plazos establecidos, con opinión contraria en las instancias, conforme se detalla en el presente trabajo.

Palabras claves: Barrera Burocrática Ilegal, Denuncia, Trámite, Instancias, Costas, Costos.

ABSTRACT

This work intends to elucidate the bureaucratic barrier generated in file No. 000339-2015/CEB, whose complaint has been filed by the company EP S.A. before the Commission for the Elimination of Bureaucratic Barriers - CEB, against the District Municipality of La Molina, in order to establish the non-application of said bureaucratic barrier and order the defendant to pay the costs and costs incurred.

After analyzing the file, it was verified that after the complaint was filed by EP S.A., dated October 7, 2015, it requests to withdraw the requirement of renewal and / or the realization of a new procedure, regarding the authorization of announcement advertising outside its commercial premises at the expiration of the previous certificate, requesting that said renewal and / or new obtaining of procedure be declared an illegal bureaucratic barrier, in addition it was found that the procedure was carried out according to the established deadlines, with contrary opinion in the instances, as detailed in this work.

Keywords: Illegal Bureaucratic Barrier, Complaint, Procedure, Instances, Coasts, Costs.

TABLA DE CONTENIDOS

CARATULA	I
DEDICATORIA.....	II
AGRADECIMIENTO.....	III
RESUMEN.....	IV
ABSTRACT	V
TABLA DE CONTENIDOS.....	VI
INTRODUCCIÓN	VII
SÍNTESIS DE LA DENUNCIA	PAG.
SÍNTESIS DE LA CONTESTACIÓN DE LA DENUNCIA.....	PAG. 2
FOTOCOPIA DE LOS RECAUDOS Y PRINCIPALES MEDIOS PROBATORIOS..	PAG. 3
FOTOCOPIA RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y LA PROPIEDAD INTELECTUAL.....	PAG. 5
JURISPRUDENCIA DE LOS ÚLTIMOS DIEZ AÑOS.....	PAG. 6
DOCTRINA ACTUAL SOBRE LA MATERIA CONTROVERTIDA.....	PAG. 13
SÍNTESIS ANÁLITICA DEL TRÁMITE PROCESAL.....	PAG. 24
OPINIÓN ANALÍTICA DEL TRATAMIENTO DEL ASUNTO SUBMATERIA....	PAG. 29
CONCLUSIONES	VIII
RECOMENDACIONES	IX
REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA	X
LINKOGRAFÍA.....	XI

INTRODUCCIÓN

La actividad publicitaria es una de las manifestaciones de la libertad de empresa e iniciativa privada, las cuales son reconocidas como el derecho de toda persona para dedicarse a la actividad económica de su preferencia.

Con la utilización de la publicidad, las empresas no sólo se posicionan en el mercado con sus productos sino que también brindan a sus clientes información de los productos y sus características, necesarias para la toma de decisiones de consumo. La difusión de la publicidad se establece por diferentes medios, entre ellos: televisión, radio, periódicos, soportes físicos e infraestructura publicitaria.

Según nuestro ordenamiento jurídico, está prohibido que la publicidad en cualquiera de sus manifestaciones se encuentre sujeta a algún tipo de validación o autorización previa por parte de alguna entidad del estado, por lo que su contenido debe ser producto de la libertad de expresión y libre iniciativa privada del empresario, siendo permitido el control posterior por la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del INDECOPI.

En este sentido resulta de gran importancia la emisión del presente lineamiento con la finalidad de establecer de manera clara y simplificada las reglas que deben ser tomadas en cuenta por nuestros agentes económicos y autoridades municipales al momento de realizar un procedimiento para autorizar la ubicación de anuncios publicitarios.

1. SÍNTESIS Y FOTOCOPIA DE LOS ACTUADOS

1.1. SÍNTESIS DE LA DENUNCIA

Con fecha 07 de octubre de año 2015, la empresa **EP S.A.**, representada por Jorge Eduardo Lazarte Molina, interpone denuncia ante la Comisión de Barreras Burocráticas del INDECOPI, en contra de la **MDLM** por imposición de barreras burocráticas ilegales, a fin de establecer la inaplicación de dicha barrera burocrática y se ordene a la denunciada pagar las costas y costos originados por el presente procedimiento administrativo.

La denunciante solicita que la Municipalidad retire la exigencia de la renovación y/o la realización de un nuevo trámite, respecto de la autorización de anuncio publicitario al exterior de su local comercial al vencimiento del certificado anterior, solicitando que dicha renovación y/o nueva obtención de trámite sea declarada una barrera burocrática ilegal.

La empresa EP S.A., es un grupo empresarial relacionado a 850 boticas a nivel nacional, contando cada una de ellas con su respectiva licencia de funcionamiento y autorización de anuncio publicitario. En el presente caso, cuenta con su local en el Distrito de La Molina – LIMA, con certificado de anuncio N° A – 1528 con fecha 17 de octubre de 2007, otorgado por la Gerencia de Desarrollo Urbano (Subgerencia de Comercialización de La MUNICIPALIDAD).

La MDLM, siguiendo sus procedimientos ha limitado la vigencia de autorización del anuncio publicitario otorgado a la empresa EP S.A., exigiendo la renovación y/o la obtención de una nueva autorización para dicho anuncio, sin embargo, las condiciones iniciales para la autorización no han sido modificadas, manteniendo todas las características y particularidades invariables.

Mediante notificación de infracción N° 000198 con fecha 21 de marzo de 2015, La Municipalidad notificó la supuesta instalación del anuncio y/o aviso de publicidad exterior sin autorización municipal, y por Resolución Administrativa N° 0000000514 de fecha 31 de marzo de 2015, la Municipalidad impone sanción por considerar que dicho local ha instalado un anuncio y/o aviso de publicidad sin previa autorización municipal por metro cuadrado.

Por lo anterior expuesto, es de ver que LA MUNICIPALIDAD ha atentado contra los legítimos derechos e intereses de la empresa, al imponer una barrera burocrática ilegal restringiendo el normal desarrollo de las actividades económicas en el mercado.

1.1.1. MEDIOS PROBATORIOS

La empresa EP S.A., brindó los siguientes medios probatorios:

- Copia de DNI de nuestro representante.
- Copia de la vigencia de poder de nuestro representante.

- Copia de la Resolución de Gerencia N° 146-2015-MDLM-GDUE.
- Copia de la Notificación de Infracción N° 000198-2015.
- Copia de la Resolución de Multa Administrativa N° 0000000514.
- Copia del Certificado de Anuncio N° A-1528.

1.2. SÍNTESIS DE LA CONTESTACIÓN DE LA DENUNCIA

Con fecha 24 de julio de 2015, al tomar conocimiento de la denuncia en su contra la MDLM y cumpliendo con el plazo de ley establecido realizó la presentación de los descargos sobre las imputaciones contenidas en la denuncia, adjuntando el Memorando N° 1053-2015-MDLM-GDUE elaborado por la Gerencia de Desarrollo Urbano y Económico, el mismo que establece los fundamentos fácticos y jurídicos que cimentan sólidamente la posición tomada por la Municipalidad.

La Municipalidad niega respecto a la Autorización N° A-1528 de fecha 22 de octubre de 2007, haber impuesto la indebida e ilegal consignación de un periodo de vigencia de 05 años, asimismo señala que la empresa EP S.A PERU S.A., carece de total fundamentación jurídica, puesto que la empresa nunca objetó los plazos, debido a que se estaba aplicando única y exclusivamente la norma vigente al momento de la emisión de la autorización municipal de publicidad.

1.2.1. MEDIOS PROBATORIOS

La emplazada brindó los siguientes medios probatorios:

- Copia autenticada de la Resolución de Alcaldía N° 266-2015 de fecha 30 de junio de 2015, mediante la cual se designa como Procurador Público Municipal al Dr. Sergio David Talavera Aguilar.
- Copia simple del documento de identidad de nuestro Procurador Público.
- Copia autenticada del Memorando N° 1053-2015-MDLM-GDUE evacuado por la Gerencia de Desarrollo Urbano y Económico.

2. **FOTOCOPIA DE LOS RECAUDOS Y PRINCIPALES MEDIOS
PROBATORIOS**

DENUNCIANTE

3. **FOTOCOPIA DE LOS RECAUDOS Y PRINCIPALES MEDIOS
PROBATORIOS**

DENUNCIADA

4. **FOTOCOPIA RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA
COMPETENCIA Y LA PROPIEDAD INTELECTUAL**

5. JURISPRUDENCIA DE LOS ÚLTIMOS DIEZ AÑOS

5.1 EXPEDIENTE N° 000301-2018/CEB.

DENUNCIADA: MDSJL

DENUNCIANTE: ES S.A.C.

Se declara que constituyen barreras burocráticas ilegales las siguientes medidas; y, en consecuencia, fundada la denuncia presentada por ES S.A.C. contra la MDSJL: (i) La imposición del plazo de un (1) año a las autorizaciones de elementos de publicidad exterior instalados en bienes de dominio privado que invadan aires de dominio público, contenida en el artículo 27° y en el numeral 4) del artículo 61° de la Ordenanza N° 163-MDSJL. (ii) La imposición del plazo de un (1) año para las autorizaciones de elementos de publicidad exterior ubicados sobre vía pública o que se proyecte sobre ella, incluido el caso de toldos, vallas y marquesinas, materializada en la Resolución Sub Gerencial N° 004451, de fecha 26 de mayo de 2017, en la Carta N° 287-2018-SGGFyPE-GDE-MDSJ, del 15 de junio de 2018 y en el numeral 5) del artículo 61° de la Ordenanza N° 163-MDSJL.

La ilegalidad de las medidas señaladas radica en la vulneración de los artículos 2° y 42° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, pues la MDSJL no está autorizada por la ley para imponer el referido plazo. Además, transgrede los artículos 79° y 154° de la Ley N° 27972, en la medida que excede las facultades que los citados artículos le otorgan en materia de ubicación de anuncios y avisos publicitarios.

Respecto de la inaplicación de las medidas cuestionadas, cabe señalar que mediante la Resolución 402-2018/SEL-INDECOPI, la Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas del INDECOPI, confirmó lo resuelto por la Comisión mediante la Resolución N° 0517-2017/CEB-INDECOPI, a través de la cual se declaró barreras burocráticas ilegales, entre otras, las medidas cuestionadas en el presente procedimiento (respecto de la Ordenanza N° 163-MDSJL).

5.2 EXPEDIENTE N° 0011-2018/CEB-INDECOPI-AQP.**DENUNCIADA: MDMM.****DENUNCIANTE: R P S XXII S.A.C.**

Se declara improcedente la denuncia presentada por R P S XXII S.A.C. contra la MDMM, en el extremo que denunció la imposición del plazo de un (1) año a tres (3) autorizaciones de anuncios publicitarios para la instalación de quince (15) anuncios publicitarios obtenidos en el año 2012, materializado en la Resolución de Gerencia de Administración Tributaria N° 0337-2012-GAT-MDMM, Resolución de Gerencia de Administración Tributaria N° 0338-2012-GAT-MDMM y Autorización N° 058-2012-GCTyDEL-MDMM.

La Resolución de Gerencia de Administración Tributaria N° 0337-2012-GATMDMM, la Resolución de Gerencia de Administración Tributaria N° 0338-2012- GAT-MDMM y la Autorización N° 058-2012-GCTy DEL-MDMM son actos administrativos que estuvieron sujetos a un plazo de vigencia de un (1) año, el cual terminó de manera previa a la interposición de la denuncia.

Por tanto, los referidos actos administrativos no pueden materializar una barrera burocrática en tanto estos no afectan actualmente el acceso o la permanencia de la denunciante en el mercado.

5.3 EXPEDIENTE N° 000002-2019/CEB.**DENUNCIADA: M L****DENUNCIANTE: P S.A.**

Se declara que constituyen barreras burocráticas ilegales las siguientes medidas; y, en consecuencia, fundada la denuncia presentada por P S.A. contra la M D L: (i) La imposición del plazo de vigencia de doce (12) meses para su autorización de colocación de anuncio publicitario, materializada en la Resolución de Autorización N° 334-2017-GDE/ML. (ii) La exigencia de renovar su autorización de colocación de anuncio publicitario, materializada en la Resolución de Autorización N° 334-2017-GDE/ML, en la Notificación Preventiva N° 004875, en el Acta de Inspección N° 009371 y en la Carta N° 704-2018-GFCS/ML.

5.4 EXPEDIENTE N° 000397-2018/CEB**DENUNCIADA: M M L****DENUNCIANTE: A E B B**

Se declara barrera burocrática ilegal la exigencia de obtener una autorización para la instalación de anuncios y avisos publicitarios para los locales comerciales que se encuentran ubicados en el interior de galerías comerciales, centros comerciales, campos feriales y mercados con frente a las áreas comunes de circulación de uso público, ubicado en la jurisdicción del Cercado de Lima, así como, en toda la provincia de Lima, contenida en el inciso b), numeral 2) del artículo 8 y en el numeral 2) del artículo 9 de la Ordenanza N° 1094 y, en consecuencia fundada la denuncia presentada por la A E B B contra la M M L.

La Municipalidad no cuenta con competencias para exigir este tipo de autorizaciones a los locales ubicados al interior de centros comerciales, de acuerdo a las facultades establecidas en el artículo 79 de la Ley Orgánica de Municipalidades y a la regulación prevista en la Ordenanza N° 1094, lo cual contraviene el principio de legalidad reconocido en el numeral 1.1) del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. De conformidad con lo establecido en el artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1256, se dispone la inaplicación de las barreras burocráticas declaradas ilegales en favor de la A E B B.

5.5 EXPEDIENTE N° 000393-2018/CEB**DENUNCIADA: M D C****DENUNCIANTE: G S I S.A.C.**

Se declara que constituye barrera burocrática ilegal la imposición de un plazo de vigencia determinada para las autorizaciones de instalación de elementos de anuncios publicitarios, materializada en la Resolución de Jefatura de División de Licencia y Autorizaciones N° 369-2015-DLA-GDE/MDCH y en las Resoluciones de Subgerencia de Licencia y Autorizaciones N° 38-2017-SGLYA-GDE/MDCH y N°97-2017-SGLYA-GDE/MDCH.

La ilegalidad de la medida radica en que la M D C, ha contravenido lo dispuesto en la Ordenanza N° 1094-MML, disposición que regula los aspectos técnicos y administrativos que norman la ubicación de anuncios y avisos publicitarios en la provincia de Lima, la

cual establece que la vigencia de las referidas autorizaciones es indeterminada, excediendo las facultades que le otorga el artículo 79° de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades. Asimismo, contraviene lo establecido en el artículo 2° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, el cual permite que las autoridades sujeten a un término los actos administrativos únicamente cuando cuenten con una ley que las autorice a hacerlo, supuesto que no se ha acreditado en el presente caso.

5.6 EXPEDIENTE N° 000280-2018/CEB

DENUNCIADA: M D S S

DENUNCIANTE: G S.A.C.

Se declara barrera burocrática ilegal la restricción horaria de expendio de bebidas alcohólicas, materializada en la Papeleta de Infracción N° 010029-2018-PI de fecha 15 de diciembre de 2018, en el Acta de Medida Complementaria de Ejecución Anticipada N° 003061-2018 de fecha 16 de septiembre de 2018 y en la Resolución Subgerencial N° 9879-2018-SGFCA-GSEGC-MSS de fecha 24 de septiembre de 2018.

La razón es que las materializaciones indicadas se han sustentado en una norma que no forma parte del ordenamiento jurídico vigente, puesto que no fue publicada en el Diario Oficial “El Peruano” en su totalidad, por lo cual, la M D S S habría impuesto a la denunciante la restricción cuestionada en el presente procedimiento contraviniendo el Principio de Legalidad, establecido en el numeral 1.1) del artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. De conformidad con lo establecido en el artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1256, se dispone la inaplicación de la restricción horaria de expendio de bebidas alcohólicas en favor de G S.A.C.

El incumplimiento del mandato de inaplicación dispuesto en la presente resolución podrá ser sancionado con una multa de hasta veinte (20) Unidades Impositivas Tributarias, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34° del Decreto Legislativo N° 1256. Finalmente, se dispone como medida correctiva, de conformidad con el numeral 2) del artículo 43° y el numeral 2) del artículo 44° del Decreto Legislativo N° 1256, que la M D S S, informe a los administrados acerca de la barrera burocrática declarada ilegal en el presente procedimiento, en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles de notificada la

resolución que declare firme esta resolución. El incumplimiento de la medida correctiva dispuesta en la presente resolución podrá ser sancionado con una multa de hasta veinte (20) Unidades Impositivas Tributarias, de conformidad con el artículo 36° del Decreto Legislativo N° 1256.

5.7 0039-2015/CEBINDECOPI

DENUNCIADA: M M L

La exigencia por parte de la municipalidad de renovar y/u obtener nuevas autorizaciones para colocar elementos de publicidad exterior o anuncios publicitarios, al vencimiento de un año de vigencia.

La municipalidad contravino lo establecido en la Ordenanza N° 1094- MML que señala que las autorizaciones para anuncios publicitarios son indefinidas, por lo que ha excedido las facultades que le otorga el artículo 79 de la Ley Orgánica de Municipalidades. La exigencia de renovar las autorizaciones de anuncios publicitarios también vulnera el artículo 2 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, el cual permite que las autoridades sujeten a un término los actos administrativos únicamente cuando cuenten con una ley que las autorice a hacerlo, lo que no se demostró en el caso.

5.8 0007-2014/CEBINDECOPI

DENUNCIADA: B M L

La exigencia de que el personal que opera en la B M L, cuente con carnet de sanidad como condición para permanecer en el mercado.

Se declaró barrera burocrática ilegal dicha exigencia, en la medida que el artículo 13 de la Ley General de Salud prohíbe expresamente que las autoridades exijan a las personas que cuenten con un carnet de sanidad como condición para ejercer su actividad económica.

5.9 EXPEDIENTE N° 0592-2017/CEB-INDECOPI**DENUNCIADA: M D V M T**

Se declara que constituyen barreras burocráticas ilegales las siguientes medidas impuestas por la M D V M T, contenidas en el Texto único de Procedimientos Administrativos de la Municipalidad, aprobado por la Ordenanza N° 060-2002/MVMT, publicado en su portal web institucional y en el Portal de Servicios al Ciudadano y Empresas:

- a) La imposición de un plazo máximo de un (1) año para las autorizaciones y/o ampliaciones de anuncios y sus subprocedimientos.
- b) La exigencia de presentar la “Copia de autorización en vía pública (en caso de renovación)” para la tramitación del subprocedimiento denominado Autorización y/o ampliación de anuncios (anual) Anuncios simples.

La ilegalidad de la medida indicada en el numeral (a) de la presente resolución radica en que transgrede lo dispuesto en los artículos 2 y 41 del TUO de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, así como lo prescrito en el numeral 3.6.3 del artículo 79 y el artículo 154 de la Ley N° 27972, debido a que la Municipalidad no se encuentra autorizada por la ley a imponer un término a las autorizaciones y, además, estaría excediendo las facultades que las normas nacionales y provinciales le otorgan para la ubicación de anuncios y avisos publicitarios.

5.10 EXPEDIENTE N° 0457-2017/CEB-INDECOPI**DENUNCIADA: M D I**

Se declara barreras burocráticas ilegales las siguientes medidas impuestas por la M D I:

- a) La prohibición de instalar anuncios que atenten contra la moral y las buenas costumbres, consignada en el numeral 8 del artículo 10 de la Ordenanza N° 099-MDI.
- b) La prohibición de instalar anuncios que contengan entre sus características fondo color negro y/o letras de color fluorescentes (solo en caso de banderolas), consignada en el numeral 9 del artículo 10 de la Ordenanza N° 099-MDI.
- c) Las exigencias consignadas en el artículo 16 de la Ordenanza N° 099-MDI.

- d) La prohibición de instalar anuncios que incluyan colores fosforescentes, consignada en el numeral 2 del artículo 17 de la Ordenanza N° 099-MDI.

La ilegalidad de las barreras burocráticas señaladas en los numerales (a), (b), (c) y (d) radica en la vulneración de los artículos 79 y 154 de la Ley N° 27972, concordados con el artículo 17 de la Ordenanza N° 1094 y del artículo 22, concordado con el artículo 25 del Decreto Legislativo N° 1044, debido a que las municipalidades no están autorizadas para regular el contenido de los anuncios publicitarios de manera previa a su difusión, toda vez que esa competencia le corresponde al Indecopi; asimismo, la competencia para regular y vigilar su cumplimiento en materia de urbanismo le corresponde exclusivamente a la MML.

6. DOCTRINA ACTUAL SOBRE LA MATERIA CONTROVERTIDA

Cada estado moderno y su desarrollo desde siempre exigen la sujeción de la actuación de la Administración Pública a ciertos procedimientos como mecanismo de control de la arbitrariedad de la misma y, a la vez, como garantía del derecho al debido procedimiento de los ciudadanos.

Por tal motivo, las cargas burocráticas “permiten encausar las decisiones de la Administración a través de métodos formales con los que el interesado conoce todas las actuaciones y puede plantear sus pretensiones, argumentos y pruebas”. Siendo los requisitos, trámites, cobros, limitaciones o impedimentos que puedan ser impuestos no siendo perjudiciales en sí mismos, puesto que están destinados a ser compatibles tanto en el desarrollo de las actividades económicas así como en los intereses de la Sociedad.

Así tenemos que el primer ensayo de una definición legal para el concepto de barreras burocráticas en la legislación peruana fue dado por el art. 26 del Decreto Ley N°25868, Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), donde se señaló que las barreras burocráticas son las actuaciones y disposiciones de la administración pública que impiden u obstaculizan ilegal o irracionalmente el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado.

Posteriormente, el art. 2 de Ley N°28996, Ley de Eliminación de Sobrecostos, Trabas y Restricciones a la Inversión Privada, definió a las barreras burocráticas como:

“... 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”.

Las barreras de acceso o permanencia en los mercados pueden ser impuestas por agentes del sector privado, a través del abuso de posiciones de dominio o mediante prácticas colusorias verticales u horizontales; o por agencias del sector público, a través de las denominadas barreras burocráticas. En efecto, para que una barrera burocrática sea

considerada como tal, se presupone que la misma fue dictada por una entidad de la Administración Pública en ejercicio de la función administrativa del Estado.

IMPORTANCIA DEL CONCEPTO DE FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

El artículo 26 del Decreto Ley N° 25868¹ (en adelante, el artículo 26) es la norma que da origen a las atribuciones de la CEB, facultándola para conocer y ordenar la eliminación de los actos, disposiciones y cualquier otra modalidad de actuación de las entidades de la Administración Pública que constituyan barreras burocráticas que afecten ilegal o irrazonablemente a los agentes económicos en el mercado y/o que incumplan las normas de simplificación de trámites².

El concepto de función administrativa y sus formas jurídicas es importante para comprender el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas debido a que permite conocer: (a) a los sujetos que pueden ser supervisados por la CEB (las entidades de la Administración Pública); (b) a uno de los elementos esenciales para identificar una barrera burocrática (la forma de materialización), y (c) aquello que no puede ser supervisado por la CEB (las formas distintas a las señaladas, así como las funciones que no sean administrativas). Asimismo, lo señalado permite comprender que las barreras burocráticas no son nocivas por naturaleza, sino solo las ilegales y/o carentes de razonabilidad. Sin embargo, lo que no puede aceptarse y debe eliminarse es el ejercicio abusivo de la función administrativa a través de su poder regulatorio.

DEFINICIÓN BARRERA BUROCRÁTICA

El significado de Barrera Burocrática según la Dra. AGÜERO GRENTZ, en su artículo de investigación titulado: Ley De Eliminación De Barreras Burocráticas, señala que: Una barrera burocrática³ es ilegal cuando contraviene algunas de las disposiciones que

¹ Antigua Ley de Organización y Funciones del Indecopi (publicada en noviembre de 1992).

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

³ AGÜERO GRENTZ, F. (2011), «El que no cae, no tiene que resbalar en el Poder Judicial: las barreras burocráticas y el procedimiento administrativo». Ius et Veritas, vol. 21, 43: 208-229.

garantizan el libre funcionamiento del mercado, en donde debe evaluarse la legalidad de la medida administrativa cuestionada, con la finalidad de determinar si esta ha respetado las formalidades y procedimientos establecidos por las normas aplicables al caso concreto y, asimismo, si encuadra dentro de las atribuciones y competencias conferidas a la autoridad correspondiente, asimismo refiere que una barrera burocrática es irracional cuando su objeto o finalidad, o las exigencias que de ella se deriven, sean contrarios a las prácticas y principios de orden lógico, razonable y proporcional, que deben regir en el marco de una economía social de mercado.

Por otro lado, GUZMÁN NAPURI respecto a las Barreras Burocráticas, ha señalado en su obra: La Administración Pública y el Procedimiento Administrativo General, que las facultades de la Comisión de Acceso al Mercado del Instituto Nacional de la Competencia y Defensa propiedad Intelectual (INDECOPI), resultan necesarias dado que normalmente es el Estado el que establece barreras innecesarias para que los particulares puedan acceder o actuar en el mercado, cuando se vulnera legalidad administrativa, se viola normas de simplificación administrativa o se imputan costos que no guardan debida correlación con el servicio que se presta o el trámite que se realiza.

En los mismos términos Manuel MENA COELLO, en el primer tomo de su obra titulada: Libre Mercado y Propiedad Intelectual ha referido: Las barreras y trabas burocráticas producen desaliento, pudiendo ocasionar que la iniciativa privada se diluya y, por decirlo de alguna manera, se pierda o se desperdicie el talento debidamente aplicado en la producción de bienes y servicios, que permiten satisfacer las necesidades de los usuarios, además de generar riqueza para sustentar el bienestar nacional.

Finalmente los autores DRAGO ALFARO y ZUMAETA CASTRO, en su artículo: 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, comentando la aplicación del Principio de Legalidad y Razonabilidad de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas, señalan: En el análisis de legalidad, luego de verificar si la autoridad denunciada ha actuado en el marco de sus competencias y si la medida cuestionada ha respetado los procedimientos establecidos para su emisión (por ejemplo, si se ha utilizado el instrumento idóneo para regular), la Comisión efectúa una evaluación de fondo.

ELEMENTOS PARA IDENTIFICAR UNA BARRERA BUROCRÁTICA

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

De acuerdo a lo establecido en el artículo 26 BIS y el artículo 2 de la Ley N° 28996, se entiende que los elementos esenciales que configuran la existencia de una barrera burocrática son los siguientes⁴:

- (a) Que se trate de una exigencia, requisito, prohibición y/o cobro (contenido coercitivo).
- (b) Que se plasme en un acto, disposición o cualquier otra modalidad de actuación proveniente de una entidad de la Administración Pública (origen y materialización).
- (c) Que regule el desarrollo de una actividad económica y/o que afecte la tramitación de procedimientos administrativos (efecto).

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

Del mismo modo, pueden presentarse casos de disposiciones administrativas que tengan un impacto significativo en el acceso o permanencia de un agente económico en el

⁴ OCHOA, Francisco. (2011), « Fundamentos del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas » Pág. 19-20.

mercado (origen y efecto) sin que se configure necesariamente un caso de competencia de la CEB.

Así, por ejemplo, una municipalidad podría publicar una lista anual de las empresas que han cometido infracciones por razones de publicación por avisos publicitarios⁵, la cual sería aprobada por ordenanza y difundida a través del diario oficial. Este tipo de medida puede tener un impacto importante en la permanencia de las empresas incluidas en la mencionada lista, en tanto su reputación se vería afectada, lo cual a su vez podría generar la disminución de clientes. No obstante, no representa un supuesto de barrera burocrática por tener ausente el contenido coercitivo sobre la voluntad del empresario o ciudadano a través de alguna exigencia, requisito, prohibición y/o cobro.

La concurrencia de estos tres elementos es importante y su falta de comprensión ha generado que diversas denuncias presentadas ante la CEB hayan sido declaradas inadmisibles o improcedentes (rechazadas sin que haya existido un análisis sobre el fondo). En efecto, existe la equivocada premisa de que para interponer una denuncia por barreras burocráticas ante el Indecopi basta con identificar la actuación administrativa (por ejemplo, una resolución que deniega una licencia o una ordenanza que aprueba normas de zonificación) y alegar una afectación a las actividades económicas de una empresa, pretendiendo que la CEB realice el mismo análisis que se realiza en los procesos judiciales de revisión de actos y disposiciones administrativas.

Aunque es precisamente la labor de identificación de la barrera burocrática la que hace distinta la función encargada a la CEB frente a las vías tradicionales de revisión. Bajo el análisis de la CEB, la actuación administrativa es un elemento más dentro del concepto de «barrera burocrática», cuya importancia consiste en ser el vehículo que materializa la propia barrera, sin que ello exima a quien denuncia de identificar además cuál es el requisito, prohibición y/o cobro contenido en la actuación. En simples palabras, para interponer correctamente una denuncia ante la CEB es necesario entender que el concepto de «barrera burocrática» no debe agotar su atención en el recipiente sino además en el contenido.

⁵ UGÁS SOBARZO, Sofía Paola y OCHOA MENDOZA, Francisco (2008). "Lineamientos sobre colocación de anuncios publicitarios del Indecopi: Una mirada a través de la jurisprudencia", Gaceta Jurídica, p. 350.

EVALUACIÓN DE LEGALIDAD Y RAZONABILIDAD DE UNA BARRERA BUROCRÁTICA

Las barreras burocráticas son una manifestación del poder que tiene el Estado para regular las condiciones sobre las que se desenvuelven los agentes económicos en el mercado a fin de que la iniciativa de negocio sea compatible con el interés público. Por tanto, no todas las barreras burocráticas deben ser eliminadas sino únicamente las que son ilegales y/o carentes de razonabilidad.

El artículo 26 BIS establece que los parámetros de legalidad y razonabilidad⁶ son los que permiten a la CEB emitir mandatos de eliminación; sin embargo, no identifica los elementos de juicio para calificar una actuación administrativa como «ilegal» o «carente de razonabilidad». Esto fue desarrollado por el Tribunal del Indecopi a través de la Resolución N° 182-97-TDC y por la jurisprudencia de la CEB a lo largo de los años.

La ilegalidad de una barrera burocrática puede identificarse por razones de fondo o de forma. El examen de legalidad de fondo requiere evaluar si la entidad ha sido autorizada por ley para imponer la barrera denunciada, es decir, si cuenta con las atribuciones legales suficientes para emitir y/o implementar la regulación cuestionada (ilegalidad de fondo por competencias).

La ilegalidad de fondo también se produce cuando, pese a existir atribuciones legales, la barrera contraviene una prohibición legal específica (ilegalidad por infracción directa). El examen de legalidad de forma requiere verificar si la entidad ha cumplido con aprobar la regulación mediante los procedimientos que establece la ley para ello (ver Tabla N°1).

⁶ OCHOA, Francisco. (2011), « Fundamentos del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas » Pág. 22-55.

TABLA N.º I
EJEMPLIFICACIÓN DEL ANÁLISIS DE LEGALIDAD

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

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

En segundo lugar, las Municipalidades⁷ carecen de atribución para regular aspectos ambientales en cuanto a la emisión de ondas radioeléctricas, respecto de lo cual ya existe una regulación nacional.

⁷ Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General. Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo 1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo: 1.1. 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.

Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades Artículo II.- Autonomía Los gobiernos locales gozan de autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. La autonomía que la Constitución Política del Perú establece para las municipalidades radica en la facultad de ejercer actos de gobierno, administrativos y de administración, con sujeción al ordenamiento jurídico.

Un ejemplo de barrera burocrática ilegal por razones de fondo (por infracción directa) es el caso de una regulación del Poder Ejecutivo que obliga a quienes ingresan y salen de los puertos nacionales a realizar un pago por obtener la respectiva autorización, cuyo monto es determinado en función del «peso» de la embarcación.

Si bien el Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y la Autoridad Portuaria Nacional puede regular y supervisar el trámite de este tipo de autorizaciones (no existe un problema de ausencia de competencias), el referido cobro constituye una infracción directa a la legislación sobre simplificación administrativa. Una de las reglas más importantes en esta materia es aquella que prohíbe exigir el pago por derechos de trámite que no hayan sido fijados en función de lo que realmente le cuesta a la entidad la gestión del procedimiento, es decir, las entidades no pueden lucrarse cuando gestionan un trámite en favor de un ciudadano, sino que se les permite únicamente recuperar el costo asumido.

En el caso de la autorización para el zarpe y arribo de embarcaciones, se trata de un procedimiento en línea en el que se transmite información, por lo que el «peso» de la nave resulta irrelevante para hacer más o menos costosa la evaluación de la solicitud.

En la imposición de tributos municipales se pueden identificar ejemplos de barreras burocráticas ilegales por razones de forma. Existen dos reglas básicas para la aprobación y aplicación de normas tributarias. Una es que el tributo sea aprobado únicamente mediante la norma que refleje la representatividad de quienes van a ser sujetos al cobro y la otra que la norma debe ser publicitada para que quien sea sometido a un cobro lo sepa de antemano.

Según nuestra legislación, los tributos municipales deben ser aprobados mediante ordenanza (norma de mayor jerarquía a nivel local) y ratificados por el concejo provincial respectivo. A su vez estas normas deben de ser publicadas en los diarios oficiales respectivos. Por tanto, los cobros tributarios aprobados mediante la decisión exclusiva del alcalde (mediante Decreto de Alcaldía, por ejemplo) y sin que hayan sido debidamente publicados constituye un supuesto de barrera burocrática ilegal.

De otro lado, la evaluación de razonabilidad⁸, constituye la segunda etapa dentro de la metodología de análisis de una barrera burocrática. En este punto el análisis de la CEB se realiza sobre determinados aspectos que deben corroborarse para declarar o no la carencia de razonabilidad de la medida.

El sustento para aplicar una evaluación de razonabilidad dentro del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas parte por comprender la legitimidad de la acción del lado de la entidad, en cuanto a la justificación de protección del interés público alegado así como de la verificación que la medida no ha sido impuesta de forma improvisada, sino que se ha establecido tomando en cuenta su impacto, beneficios y perjuicios.

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

Sin embargo, existe una condición importante que determina si la CEB continúa con la evaluación de la razonabilidad sobre la medida cuestionada, esto es la presentación de indicios, cuyo requisito es condición para proceder con el análisis de razonabilidad de una barrera burocrática, esta etapa consiste en aportar argumentos que hagan ver que la barrera: (a) Genera tratamientos discriminatorios; (b) Que carece de fundamentos (arbitraria), o (c) Que resulta excesiva en relación a sus fines (desproporcionada).

Si la CEB⁹ considera que se han aportado indicios suficientes que rompen la presunción de razonabilidad de la regulación cuestionada, verifica los siguientes aspectos que deben ser demostrados por la entidad (ver Tabla N° 2).

⁸ LUNA, Lucía Serie Módulos Instruccionales - Eliminación De Barreras Burocráticas. Págs. 79 – 80.

⁹ Cf. Res. N° 0359-2014/CEB-Indecopi y N° 0332-2014/CEB-Indecopi.

TABLA N.º 2
EJEMPLIFICACIÓN DEL ANÁLISIS DE RAZONABILIDAD

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

- Interés público: Consiste en verificar cuál es la finalidad pública que se pretende al imponer esta carga sobre el empresario y/o ciudadano (justificación) y si es razonablemente adecuada para alcanzar el objetivo (idoneidad).
- Proporcionalidad: Permite demostrar que la entidad evaluó el impacto de la regulación (previamente a su implementación), de tal manera que haya tomado en cuenta los costos económicos y sociales que pueden generarse sobre las empresas y los consumidores, frente a los beneficios esperados.
- Afectación menor: Consiste en demostrar que la entidad se planteó un grupo de alternativas para lograr su objetivo y que escogió la medida menos costosa e intrusiva para el empresario y/o ciudadano.

Por ejemplo, el Ministerio de Transportes exige una serie de requisitos a las empresas que deseen prestar el servicio de transporte terrestre de pasajeros a nivel nacional. Uno de estos requisitos consiste en la acreditación de un patrimonio mínimo de 1 000 UIT (que equivale aproximadamente a S/. 3,8 millones o US\$ 1,17 millones), sin lo cual no se puede obtener la respectiva autorización para iniciar el negocio de transporte.

Es importante tener en cuenta que la exigencia de un examen de razonabilidad en las regulaciones no es exclusiva del ordenamiento jurídico peruano, pues ha sido desarrollada por los tribunales de distintos países incluso desde el siglo XIX, al momento de revisar judicialmente las decisiones administrativas que establecen restricciones a la libertad de las personas.

Bajo el nombre de «principio de proporcionalidad» se estableció la necesidad de que las cargas que impone la Administración Pública a los ciudadanos sean justificadas por razones de idoneidad, necesidad y proporcionalidad (en sentido estricto).

Sobre la base de este principio y debido a los sobrecostos que involucra una regulación sobre las actividades económicas, desde la década de 1980 ha aumentado progresivamente el hecho de que los gobiernos exijan a sus distintas oficinas públicas la aplicación de mecanismos de análisis previo de las regulaciones que impactan significativamente en las actividades económicas (denominado Análisis de Impacto Regulatorio - AIR).

En aplicación del AIR (o RIA en inglés) deben ser implementadas únicamente aquellas regulaciones cuyos beneficios superan a sus costos y que sean consideradas como la alternativa menos intrusiva y costosa para el sujeto regulado.

7. SÍNTESIS ANALÍTICA DEL TRÁMITE PROCESAL

7.1 Denuncia Contra Barreras Burocráticas en contra de la MDLM, interpuesta a la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (INDECOPI) por parte de EP S.A.

La empresa EP S.A., es un grupo empresarial relacionado a 850 boticas a nivel nacional, contando cada una con su respectiva licencia de funcionamiento y autorización de anuncio publicitario, en el presente caso EP S.A., opera la botica ubicada en la Av. La Molina N° 2826 Tienda A-16 Centro Comercial Mollicentro – Urbanización El Sauce de la Rinconada, Distrito de La Molina – LIMA, la cual cuenta con el certificado de anuncio N° A – 1528 de fecha 17 de octubre de 2007, otorgado por la Gerencia de Desarrollo Urbano – Subgerencia de Comercialización de la Municipalidad.

La MDLM, actuando de acuerdo a sus procedimientos ha limitado la vigencia de autorización del anuncio publicitario otorgado a la empresa EP S.A., exigiendo la renovación y/o la obtención de una nueva autorización para dicho anuncio, sin embargo, las condiciones en las que se obtuvo la autorización no han sido modificadas y se mantienen todas las características y particularidades invariables.

Mediante notificación de infracción N° 000198 con fecha 21 de marzo de 2015, la Municipalidad notificó la supuesta instalación del anuncio y/o aviso de publicidad exterior sin autorización municipal, y por Resolución Administrativa N° 0000000514 de fecha 31 de marzo de 2015, la Municipalidad impone sanción por considerar que nuestro local ha instalado un anuncio y/o aviso de publicidad sin previa autorización municipal por metro cuadrado.

Por lo que la empresa hacer ver en el presente procedimiento que la MUNICIPALIDAD ha atentado contra sus legítimos derechos e intereses, al imponer una barrera burocrática ilegal restringiendo el desarrollo de sus actividades económicas en el mercado.

7.2 Resolución de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (INDECOPI) declarando barrera burocrática ilegal la imposición de un periodo de vigencia determinada y la exigencia de renovación de una autorización.

La comisión de Barreras Burocráticas se pronuncia respecto a determinar si la imposición del plazo de vigencia determinada y la exigencia de renovación de autorización de un anuncio publicitario, materializado en el Certificado N° A-1528, la Notificación de Infracción N° 000198, la Resolución de Multa Administrativa N° 0000000514 y la Resolución de Gerencia N° 146 – 2015-MDLM-GDUE, constituye la imposición de una barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad, para ello analiza los siguientes puntos:

La entidad edil señala que lo establecido en la Resolución N° 0148-2008/CEB-INDECOPI no sería aplicable para la solicitud y el otorgamiento de la autorización de instalación de anuncio publicitario efectuado por la empresa EP S.A., considerando la Novena Disposición Final de la Ordenanza N° 1094-MML, los procedimientos iniciados antes de la entrada en vigencia de esta disposición “deberán someterse a la normatividad vigente ello en concordancia y estricta aplicación del Principio de Irretroactividad de la ley de Seguridad Jurídica”, por lo que el plazo de dicha autorización habría vencido indefectiblemente el 22 de octubre de 2012.

Asimismo, la empresa denunciante se sometió a las normas delimitadas al momento de la emisión de la autorización otorgada, en el presente caso, la Ordenanza N° 089, Ordenanza de Avisos y Publicidad Exterior, la cual no fue impugnada por ninguna fase del procedimiento, por lo que no podría desconocer la norma en el tiempo y sus efectos.

Por lo que considerando lo mencionado anteriormente la comisión **RESUELVE:**

Desestimar el cuestionamiento efectuado por la entidad edil en referencia a la presunta aplicación retroactiva de la Resolución N° 0148-2008/CEB-INDECOPI, contenido en la cuestión previa de la presente resolución.

Declarar barrera burocrática ilegal al establecimiento de un periodo de vigencia determinada y la exigencia de renovación de la autorización de un anuncio

publicitario impuesta por la MDLM y en consecuencia fundada la denuncia presentada por la empresa EP S.A.

Dispone la inaplicación de barrera burocrática ilegal a la empresa EP S.A., de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48° de la Ley N° 27444, modificado por la Ley N° 28996.

Ordenar a la MDLM el cumplimiento de pago a la empresa EP S.A., por las costas y costos del procedimiento, siendo que la presente resolución quede consentida.

Declarar que el incumplimiento de lo dispuesto en la presente resolución podrá ser sancionado de conformidad con lo dispuesto en el literal a) del artículo 26° BIS del Decreto Ley N° 25868.

7.3 Recurso de Apelación interpuesto por la MDLM

La MDLM interpone Recurso de Apelación bajo el siguiente sustento:

Señala que la resolución 0536-2015/CEB-INDECOPI, que declara barrera burocrática ilegal a la imposición de un periodo de vigencia determinado y la exigencia de renovación de la autorización de un anuncio publicitaria, incurre en error al omitir lo indicado en el artículo 21 – Ordenanza N° 210 – MML, Reglamento que regula la publicidad exterior en la Provincia de Lima, la misma que estipula que las autorizaciones de instalación de publicidad exterior tendrán una vigencia máxima de 5 años, en total contraposición a la Ordenanza N° 1094-MML, norma publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 23/11/2007, la misma que no estaba en vigencia cuando la entidad edil emitió su pronunciamiento, guardando estrecha relación con lo dispuesto en el artículo 45 del texto fundamental en vigor que prohíbe la aplicación retroactiva de las normas delimitando los procedimientos de autorización para exhibir elementos publicitarios, indicando además que las autorizaciones emitidas con anterioridad a su entrada en vigencia fueron válidamente expedidas y surten todos sus efectos, siendo que están reguladas por la normatividad vigente al momento de ser emitidas.

En esa línea de ideas, resulta que las normas en vigor al momento de expedirse la Resolución Subgerencial N°1589-2007-MDMLM-GDU/SGC con fecha 22.10.2007 y el Certificado de Autorización de Avisos y Publicidad Exterior N°

A-1528 y la Ordenanza N° 089-MDLM, norma de avisos y publicidad exterior en el Distrito de la Molina, norma del año 2004 y la Ordenanza N° 210-MML, reglamento que regula la publicidad exterior en la Ciudad de Lima, expedida por la MML, publicada en el Diario Oficial el Peruano el 04.03.1999, sustentan aún más la vigencia de la autorización de la empresa recurrente establecido en el plazo máximo indicado en dicha normativa.

Por los fundamentos expuestos y considerando las resoluciones emitidas esta corporación municipal, demuestra respecto a su pronunciamiento que no existe indicio de ilegalidad e irracionalidad, rechazando en todos sus extremos la imposición de una barrera burocrática, solicitando además revocar la resolución impugnada declarando INFUNDADA la denuncia, y con ello la exoneración del pago de costas y costos surgidos en el presente procedimiento.

7.4 Resolución emitida por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

El Tribunal De Defensa De La Competencia y De La Propiedad Intelectual emite su opinión final considerando los siguientes aspectos:

Como ha sido pronunciamiento de la Sala, una de las implicancias para que el cuestionamiento se presente en “concreto” o “abstracto” dependerá en el primer caso, el análisis de legalidad de la medida denunciada considerando la normativa vigente durante la imposición de la exigencia, requisito, limitación o cobro denunciado, y en el segundo caso, se cuestiona la disposición en sí misma contrastando el marco legal vigente al momento de la emisión del pronunciamiento de la Comisión o de la Sala.

Aplicado en el presente caso, la empresa EP S.A., indica que la exigencia de renovar y obtener nueva autorización para la instalación de anuncios publicitarios se encuentra materializada en el Certificado A-1528 (acto administrativo), en el que la MDLM le concedió la autorización para instalación de anuncios publicitarios y en la Notificación de Infracción 000198, la Resolución de Multa Administrativa 00000000514 y la Resolución de Gerencia 146-2015-MDLM-GDUE, dicha entidad sanciona por no encontrarse vigente su autorización.

Es por ello, que respecto al análisis anterior cabe recalcar que el cuestionamiento para este caso es en concreto, puesto que la barrera burocrática denunciada se encuentra comprendida en los actos administrativos consistentes en el Certificado A-1528, la Notificación de Infracción 000198, la Resolución de Multa Administrativa 00000000514 y la Resolución de Gerencia 146-2015-MDLM-GDUE, mediante los cuales la Municipalidad exige la renovación y obtención de nueva autorización para la instalación de anuncios publicitarios al exterior de su local comercial.

Finalmente la **SALA** emite su **RESOLUCIÓN** según:

Revocar la resolución 0536-2015/CEB-INDECOPI, en el extremo que declaró fundada la denuncia interpuesta por EP S.A. contra la MDLM, por la imposición de una barrera burocrática ilegal consistente en el establecimiento de un periodo de vigencia determinada y la exigencia de renovación de una autorización de un anuncio publicitario, y reformándola se declara infundada la denuncia.

Revocar la resolución 0536-2015/CEB-INDECOPI, en el extremo que se dispuso la inaplicación a favor de EP S.A. de la barrera burocrática ilegal por la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas.

Revocar la resolución 0536-2015/CEB-INDECOPI, en el extremo que ordenó a la MDLM el reembolso de las costas y costos realizados por EP S.A Perú S.A en el presente caso.

8. OPINIÓN ANALÍTICA DEL TRATAMIENTO DEL ASUNTO

SUBMATERIA

Revisando la doctrina vertida en el presente caso y respecto a cada pronunciamiento emitido por las instituciones participantes, estoy de acuerdo con la opinión realizada por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, en cuya resolución declara infundada la denuncia presentada y revoca la resolución 0536-2015/CEB-INDECOPI, tanto en el extremo que dispuso la inaplicación a favor de EP S.A. de la barrera burocrática declarada ilegal así como el reembolso de las costas y costos solicitados por la empresa denunciante.

8.1 FUNDAMENTOS DE MI OPINIÓN

La historia nos demuestra que en tanto los Estados evolucionan, el ordenamiento jurídico de los Países lo hacen también. Es decir, se encuentran en un constante cambio de acuerdo a la consolidación de las políticas públicas y sociales aplicadas en concreto en un país determinado.

En este contexto se entiende por barreras burocráticas los actos y disposiciones de las entidades de 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.

La Comisión de Acceso al Mercado de INDECOPI ha definido a la barrera burocrática como todo acto o disposición de la Administración Pública que tiene por efectos impedir u obstaculizar el acceso o permanencia de los agentes económicos en un determinado mercado, modificando directamente las condiciones existentes para que dichos agentes puedan ejercer su actividad. Dichas Barreras están vinculadas a la existencia de requisitos, obligaciones y cobros, o al establecimiento de impedimentos o limitaciones en la actuación de los mismos.

Es de entender que la simplificación administrativa es un componente esencial en cada Estado moderno, tiene como origen y causa primordial la toma de conciencia acerca de un hecho innegable: la acción (o inacción) en la Administración Pública tiene una incidencia inmediata en las actividades privadas y, por tanto, en el crecimiento económico.

Finalmente, cuando las autoridades administrativas establecen exigencias sobre los particulares que realizan actividades económicas, elevan los costos de producir bienes y servicios en el mercado y encarecen la adquisición de tales productos por parte de los consumidores y para las empresas, ello se traduce en mayores costos para el acceso y la permanencia en el mercado. Por ello, estas exigencias deben ser justificadas adecuadamente por las autoridades administrativas, de modo tal que su exigibilidad resulte de interés público.

8.1.1 FUNDAMENTOS DE MI OPINIÓN RESPECTO A LA DENUNCIA CONTRA BARRERAS BUROCRÁTICAS EN CONTRA DE LA MDLM INTERPUESTA A LA COMISIÓN DE ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS (INDECOPI) POR PARTE DE EP S.A.

De acuerdo a lo indicado en la Ley N° 27444, la empresa EP S.A., se encuentra facultada para interponer su denuncia en caso se encuentre no conforme con la decisión administrativa señalada por la MDLM.

Esta medida, busca como resultado traer abajo la imposición de la barrera burocrática declarada ilegal, así como dejar sin efecto la sanción respecto a costas y costos.

En el presente caso, se aprecia una clara observancia a las normas respecto al procedimiento iniciado solicitando la restitución de derechos respecto al plazo de vigencia en su anuncio publicitario.

8.1.2 RESOLUCIÓN DE LA COMISIÓN DE ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS (INDECOPI) DECLARANDO BARRERA BUROCRÁTICA ILEGAL LA IMPOSICIÓN DE UN PERIODO DE VIGENCIA DETERMINADA Y LA EXIGENCIA DE RENOVACIÓN DE UNA AUTORIZACIÓN.

Considerando que la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (CEB) tiene competencia para determinar si una sanción administrativa de multa es

barrera burocrática en cuanto sea ilegal e irracional, determina para el presente caso que si se ha constituido una barrera burocrática ilegal por tratarse de la imposición de un periodo de vigencia determinado exigiendo además la renovación de autorización de un anuncio publicitario por parte de la MDLM, dicho sustento se formula de acuerdo a lo establecido en el artículo 48 de la Ley N° 27444.

Por lo que en virtud de lo expuesto la entidad edil deberá acreditar sus descargos dentro del plazo de ley establecido.

8.1.3 RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR LA MDLM

El recurso de apelación interpuesto por la Municipalidad, contra la resolución de primera instancia tiene su fundamento en los principios de legalidad y razonabilidad contemplados en los numerales 1.1 y 1.4 del artículo IV del título preliminar Ley N° 27444, así como el artículo 79° de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, delimita que los procedimientos de autorización para exhibir elementos publicitarios iniciados con anterioridad a la entrada en vigencia de la norma, los que deben ser sometidos a la normativa vigente en aplicación a los principios de irretroactividad de la ley y la seguridad jurídica.

Por lo que en este procedimiento la autorización del aviso publicitario estaba sujeto al plazo establecido en el artículo 21° de la Ordenanza N°210-MML, el mismo que fue aceptado por la empresa EP S.A PERU S.A., cumpliendo la entidad edil con el marco constitucional vigente plasmado en el artículo 194° Ley N° 27972.

8.1.4 RESOLUCIÓN EMITIDA POR EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL.

Según el análisis del Tribunal, para identificar la existencia de una barrera burocrática deben presentarse los siguientes tres requisitos concurrentes: A) Que se trate de un acto o disposición de alguna entidad de la Administración Pública. B) Que el acto o disposición impida y obstaculice la realización de una determinada actividad económica. C) Que el perjuicio sea ocasionado a un agente económico, por lo que la decisión del tribunal se enfoca en los puntos a y c, sobre

los cuales, revoca la resolución 0536-2015/CEB-INDECOPI, tomando como razón que el periodo de vigencia cuestionado se deriva de la aplicación de la Ordenanza Provincial 210-MML y la Ordenanza Municipal 089-MDLM, disposiciones vigentes a la fecha de presentación de la solicitud por parte de EP S.A., las mismas que no han sido cuestionadas en este procedimiento.

9. CONCLUSIONES

- 9.1 Al realizar el análisis en la eliminación de barreras burocráticas contenidas en las disposiciones administrativas se denota el carácter abstracto, por lo que, no se analiza la medida administrativa en relación a un caso en particular, sino se da mayor énfasis a la legalidad y razonabilidad. En función a ello, no se debe disponer su inaplicación para el caso particular del denunciante.
- 9.2 Ambos principios el de razonabilidad y proporcionalidad son de aplicación general y de jerarquía constitucional en el Perú, cuyo alcance no se agota en los procesos constitucionales, sino que, por el contrario, se extienden a todos los ámbitos del derecho, así tenemos el derecho administrativo; cumpliendo un rol al extremo importante en la protección de los ciudadanos frente a cualquier abuso de autoridad o imposición por parte del Estado.
- 9.3 Siendo que el principio de razonabilidad tiene especial relevancia, éste no debería ser condicionado ante la posibilidad de que el INDECOPI pueda emitir una decisión analizando la razonabilidad de una barrera, sino por el contrario debe asegurar que la medida sea sometida a los dos niveles de análisis, sin excepciones ni limitaciones, y contribuir con la finalidad del procedimiento: para finalmente realizar el proceso de eliminación de dicha barrera burocrática.
- 9.4 Para culminar, al realizar la demostración del por qué fueron impuestas las barreras por medio de actos, disposiciones o cualquier otra actuación administrativa; éstas no son arbitrarias ni desproporcionadas, en el acceso al análisis de razonabilidad, por lo que deberá recaer únicamente en la entidad que impuso la barrera, ya que es la Administración Pública quien se encuentra en una mejor posición y capacidad de aportar los elementos necesarios, para realizar un sólido análisis de razonabilidad.

10. **RECOMENDACIONES**

- 10.1 Implementar un Análisis de Calidad Regulatoria Integral, el mismo que será instaurado y exigido a todas las entidades de la Administración Pública; el mismo que incidirá en el control de las disposiciones administrativas que impongan medidas prohibitivas y de autorización supeditada, incluidas en éstas últimas la evaluación de aquellas exigencias constituidas en requisitos, condiciones y cobros en el marco de un procedimiento administrativo.
- 10.2 Modificar la Ley Antibarreras (D. Leg. n.º 1256) a fin de que el método de análisis incida en el Análisis de Calidad Regulatoria Integral realizado por las entidades de la Administración Pública.
- 10.3 Modificar el artículo 43 del TUO de la LPAG, a fin de que las condiciones también estén contenidas en el TUPA de cada entidad de la Administración Pública.

11. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- 11.1 UGÁS SOBARZO, Sofía Paola y OCHOA MENDOZA, Francisco (2008). “Lineamientos sobre colocación de anuncios publicitarios del Indecopi: Una mirada a través de la jurisprudencia, Gaceta Jurídica, p. 350.
- 11.2 Ley TUO de la Ley N° 27444, artículo IV del Título Preliminar, artículo 2.
- 11.3 Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, artículos II y VIII del Título Preliminar.
- 11.4 Nava Negrete Alfonso, procedimientos administrativos pp.18 (1970-1980).
- 11.5 RIZO PATRÓN LARRABURE, Javier y OCHOA MENDOZA, Francisco. (2010). “La constitucionalidad de la competencia del Indecopi para inaplicar barreras burocráticas”. En: Análisis Tributario. Vol. 23. N°274. Noviembre del 2010. Lima, Asesoramiento y Análisis Laborales S.A.C., p. 24.
- 11.6 MOLINA GIMÉNEZ, Andrés. (2010). “La reducción de las cargas burocráticas en los Procedimientos Administrativos. Editado por los miembros de la Comisión de Publicaciones e Investigación del Círculo de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 249.

12. LINKOGRAFÍA

- 12.1 http://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/5561/eliminacion_barreras_burocraticas.pdf?sequence=1
- 12.2 http://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/5561/eliminacion_barreras_burocraticas.pdf?sequence=1
- 12.3 http://dspace.unitru.edu.pe/bitstream/handle/UNITRU/8239/PacherresConche_J.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- 12.4 <https://es.scribd.com/document/342746188/Modelo-de-Recurso-Administrativo-de-Apelacion-Autor-Jose-Maria-Pacori-Cari>