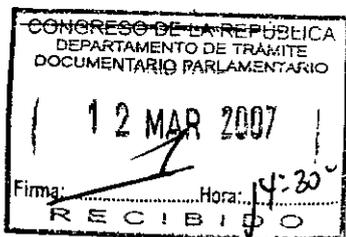




Congreso de la República



**DICTAMEN DEL PROYECTO DE LEY N° 125/2006-CR DE ELIMINACIÓN DE SOBRECOSTOS, TRABAS Y RESTRICCIONES A LA INVERSION PRIVADA.**

**COMISIÓN DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR Y ORGANISMOS REGULADORES DE LOS SERVICIOS PUBLICOS**

**Período Anual de Sesiones 2006-2007**

**Señora Presidenta:**

Ha venido para estudio y dictamen de la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos, el Proyecto de Ley N° 125/2006-CR, presentado por el Grupo Parlamentario UNIDAD NACIONAL, que propone la eliminación de sobrecostos, trabas y restricciones a la inversión privada.

**I.- CONTENIDO DE LAS PROPUESTAS**

El Proyecto de Ley N° 125/2006-CR propone una ley que elimine los sobrecostos, trabas y restricciones a la inversión privada.

**II.- OPINIONES RECIBIDAS**

a) Del **MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS**, mediante el OFICIO N° 820-2006-EF/10 de fecha 17 de Octubre de 2006, señalando que el Proyecto de Ley sería viable en la medida que se resuelvan los problemas de carácter legal subsistentes para la operatividad del sistema propuesto y se defina un adecuado sistema "ex ante" de producción de normas legales. El informe dice, sobre los problemas de carácter legal, lo siguiente:

*" Si bien la eliminación de barreras burocráticas, trabas y restricciones a la inversión privada debe ser una política activa del Estado, el Proyecto de Ley planteado presenta los siguientes problemas de orden legal:*

- a. *La imposibilidad que una Resolución del INDECOPI, de menor rango legal, pueda dejar sin efecto normas de mayor rango como las Ordenanzas Regionales y Municipales.*
- b. *La existencia de conflictos en el ordenamiento jurídico y de competencia entre poderes del Estado asociada a la facultad de la Comisión de Acceso al Mercado del INDECOPI de establecer la inaplicación parcial de una norma las cuales son propias del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial."*

Asimismo, plantea que para la eficiencia de un sistema de control "ex post" de evaluación de barreras, se requiere un mecanismo de control "ex ante" que considere principios de necesidad, efectividad, proporcionalidad y transparencia.



Congreso de la República

- b) Del **INDECOPI**, mediante OFICIO N° 4456-2006-PCM/SG-SC, con opinión favorable, dado que se permitiría que la Comisión de Acceso al Mercado del Indecopi realice el control difuso e inaplique barreras burocráticas cuando se encuentren contenidas en decretos supremos o resoluciones ministeriales, de manera que con ello se lograría eficacia y simpleza en el régimen de eliminación de este tipo de impedimentos.
- c) Del **Ministerio de la Producción**, mediante OFICIO N° 4612-2006-PCM/SG-SC, con opinión desfavorable, "por no ajustarse al principio de separación de poderes". Esta opinión está integrada por dos informes técnicos que pasamos a detallar:
- ❖ El Informe N° 157-2006-PRODUCE/OGAJ-JBC, de la Oficina General de Asesoría Jurídica, considera que habilitar a un funcionario para que pueda ejercer el control difuso de la constitucionalidad, sería un precedente que atentaría contra la seguridad jurídica y el respeto al Estado de Derecho, e implicaría reconocer que los órganos administrativos pueden determinar la validez de la ley frente a la Constitución, no ajustándose al principio de separación de poderes ni al artículo 138 de la Carta Política.
  - ❖ El Memorándum N° 928-2006-PRODUCE/DVI, del Viceministro de Industria remitiendo copia del Memorándum N° 153-2006-PRODUCE/DVI-MRB, con opinión técnica que reconoce la importancia de buscar una solución a las barreras burocráticas y entiende que esta iniciativa surge frente a las limitaciones de la normatividad vigente, sin embargo por razones legales no muestra su conformidad con el proyecto, sugiriendo mayor estudio.
- d) De la **Municipalidad Metropolitana de Lima**, mediante Oficio N° 2934-2006-MML-SGC, del 28.12.2006, conteniendo el Informe N° 192-082-00000135-SAT, del SAT cuyo pronunciamiento es **desfavorable** respecto al Proyecto de Ley N° 59/2006-CR<sup>1</sup> (el cual es similar al Proyecto de Ley N° 125/2006-CR, materia de análisis) basándose en que al incorporar estas modificaciones, se estaría alterando el esquema vigente, toda vez que la Administración Pública no puede ejercer el control difuso de la constitucionalidad de una norma legal (ordenanzas municipales), debido a que carece de función jurisdiccional, resultando además desproporcionado e irrazonable que un ente administrativo (como sería la Comisión de Acceso al Mercado del INDECOPI) pueda dejar sin efecto dicha norma, más aún cuando el INDECOPI no ha tenido una posición definitiva ni coherente sobre los criterios de distribución del costo de los arbitrios. Asimismo, la propia Municipalidad Metropolitana de Lima señala que la propuesta afecta al modo directo de las atribuciones y autonomía constitucional de las municipalidades.

---

<sup>1</sup> El Proyecto de Ley N° 59/2006-CR no ha sido decretado a la Comisión de Defensa del Consumidor, pero es similar al PL N° 125/2006-CR que es materia del presente Dictamen



*Congreso de la República*

### **III.- MARCO LEGAL Y NORMATIVO**

- ❖ Constitución Política artículos 65º, 51º (“la Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente.”)
- ❖ Decreto Ley N° 25868, Ley de Organización y Funciones del INDECOPI, Artículo 26BIS
- ❖ Decreto Legislativo N° 807, --que modifica el Decreto Ley N° 25868, Ley de Organización y Funciones del INDECOPI e incorpora en su Artículo 50º el Artículo 26BIS
- ❖ Ley N° 27444 (del 10.04.2001), Ley del Procedimiento Administrativo General, Artículo 48º, segundo párrafo.
- ❖ Ley N° 27783, Ley de Bases de la Descentralización, Artículo 12º referido a los Procedimientos administrativos
- ❖ Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, Artículos II, VIII del Título Preliminar, Artículos 26º y 38º.
- ❖ Ley N° 28032, Ley de Eliminación de Barreras Burocráticas en favor de la competitividad de los agentes económicos, --que modifica el segundo párrafo e incorpora un tercer y cuarto párrafos al Artículo 48º de la Ley N° 27444.
- ❖ Decreto Legislativo N° 776, Ley de Tributación Municipal, artículo 61º.

### **IV. ANÁLISIS**

Si bien la inversión privada resulta muy importante para todo estado moderno y para una economía que aspira al bienestar general, ello no significa que ésta no se encuentre enmarcada dentro de los parámetros del Estado de Derecho y de la economía social de mercado que se consagra en nuestra propia norma constitucional.

Bajo este contexto, existen barreras burocráticas de la administración pública que constituyen trabas a la inversión y que han sido generadas en su mayoría por los municipios (y en menor medida por el gobierno central)<sup>2</sup>, por lo que se ha buscado la eliminación de este tipo de barreras de diferentes maneras y vía diversos

---

<sup>2</sup> Por estos motivos, diversas instituciones públicas y privadas han elaborado un Plan Nacional de Simplificación de Trámites Municipales para Empresas, llamado "TRAMIFÁCIL", buscando con ello que se implemente programas de simplificación de trámites municipales y se establezca una estructura de coordinación y liderazgo (denominada INTERMESA entre los representantes del gobierno nacional, los gobiernos locales, los gremios empresariales y la cooperación técnica internacional que aseguren resultados concretos. Además, se ha creado la Mesa Nacional de Simplificación de Trámites Municipales para Empresa.



*Congreso de la República*

mecanismos, siendo la autoridad competente para el control de éstas la Comisión de Acceso al Mercado del INDECOPI.

Esta Comisión tiene definido su ámbito de competencia y facultades por el artículo 26BIS del Decreto Ley N° 25868 Ley de Organización y Funciones del Indecopi (modificado por el artículo 50° del Decreto Legislativo N° 807), donde se dispone que-entre otras cosas- si la barrera burocrática está contenida en un decreto supremo o una resolución ministerial, la Comisión debe elevar un informe a la Presidencia de Consejo de Ministros para su traslado al Consejo de Ministros, instancia que, de ser el caso adoptaría las medidas correspondientes. Medida similar fue recogida en el artículo 48° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, siendo además ampliada para el caso de barreras burocráticas contenidas en ordenanzas municipales

Además de ello, en julio del año 2003, mediante la Ley N° 28032, Ley de Eliminación de Barreras Burocráticas en favor de la Competitividad de los Agentes Económicos, se logró un mecanismo que permitió complementar la normativa actualmente vigente, incorporando los mecanismos necesarios para garantizar a los agentes económicos el ejercicio pleno de sus derechos así como el respeto de las normas y principios de simplificación administrativa.

Así a partir de la vigencia de esta Ley, las funciones de la Comisión de Acceso al Mercado no se limitan sólo a remitir el Informe respectivo al Consejo de Ministros, o al Consejo Municipal, sino que en primer lugar se establece un plazo de 30 días para que las mencionadas instituciones se pronuncien necesariamente sobre lo planteado, computándose dicho plazo desde la recepción del Informe por la Presidencia del Consejo de Ministros o por la autoridad municipal o regional correspondiente.

Si al vencimiento del plazo antes establecido, el Consejo de Ministros, el Consejo Municipal o el Consejo Regional no emiten pronunciamiento, se entiende que la denuncia interpuesta es fundada y en caso que la autoridad continúe exigiendo la barrera burocrática identificada, el interesado puede interponer la acción de cumplimiento correspondiente. Finalmente, se estableció que si el Consejo de Ministros, el Consejo Municipal o el Consejo Regional resuelven expresamente mantener la barrera burocrática, el Indecopi está legitimado para interponer una demanda de acción popular; y en caso de tratarse de barreras sustentadas en Ordenanzas Municipales o normas regionales de carácter general, la Comisión remitirá lo actuado a la Defensoría del Pueblo, para proceder a interponer la demanda de inconstitucionalidad correspondiente de acuerdo a sus funciones previstas en el inciso 2) del artículo 9° de la Ley N° 26520.

Con dicha reforma legislativa se puede sostener que el sistema actual funciona mejor, por lo que el Proyecto bajo estudio pretende proponer algunas medidas para lograr una eficacia del sistema aún mayor.



*Congreso de la República*

De esta manera, el sustento del proyecto en análisis busca lograr la aplicación del control difuso por parte de la Comisión de Acceso al Mercado de INDECOPI cuando se trate de una barrera burocrática establecida por decreto supremo o resolución ministerial con el objetivo de dejar de lado dicha barrera a fin de facilitar el camino al inversionista o agente económico, tal como se analizará más adelante.

En base a lo señalado anteriormente, se procede a realizar el análisis del contenido de la propuesta.

En el **artículo 1° del Proyecto** se señala el **ámbito de aplicación** de la propuesta, estando conformado por las entidades señaladas en el Artículo I del Título Preliminar de Ley 27444, vale decir, todas las entidades de la Administración Pública, debiendo entenderse entre ellas al Poder Ejecutivo (incluyendo Ministerios y Organismos Públicos Descentralizados), al Poder Legislativo, al Poder Judicial, Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y a los Organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes confieren autonomía, así como las demás entidades allí señaladas.

El **artículo 2° del Proyecto** realiza una definición de barreras burocráticas, señalando 3 supuestos:

**a) Aquellas que establecen exigencias, requisitos, prohibiciones, limitaciones y cobros para la realización de actividades económicas**

Dado a que no existe en nuestra legislación, una definición exacta y unívoca, las barreras burocráticas pueden ser definidas<sup>3</sup> como aquellos actos y disposiciones de la Administración Pública que modifican la situación jurídica existente para la realización de una actividad económica regulada por la Administración Pública, provocando un cambio en la regulación del mercado que afecta a cualquier agente económico que pretenda ingresar o permanecer en él.

De esta manera, estas barreras se vuelven tales cuando obstaculizan o impiden **irracionalmente** el acceso o la permanencia de los agentes económicos en el mercado, con lo cual se atenta contra la libre competencia y se perjudica tanto a proveedores como consumidores.

El presente dictamen se encuentra conforme con la posibilidad de reducir las barreras burocráticas, siempre y cuando- y aún cuando éstas sean innecesarias o irracionales, es decir, se trate de un trámite burocrático contrario a la racionalidad del funcionamiento del mercado.

Esto es así en la medida en que no debe confundirse ni producirse una generalización al señalar como barreras burocráticas a cualquier requisito, exigencia o limitación que establezca la administración y por ende, pretender su eliminación.

---

<sup>3</sup> Cfr. [www.indecopi.gob.pe](http://www.indecopi.gob.pe)



*Congreso de la República*

Esto significa que sólo deben ser eliminados aquellos requisitos, exigencias, prohibiciones y limitaciones que escapen del margen de la razonabilidad y proporcionalidad de tal manera que constituyan impedimento y barreras injustificadas para los agentes del mercado. Esta es la idea que recoge el texto sustitutorio del presente Dictamen, toda vez que se considera que lo planteado en este inciso por el Proyecto resulta peligroso y deja un margen demasiado amplio para que cualquier requisito o exigencia de la administración pueda ser objetado y calificado como barrera burocrática.

Estos mismos conceptos que recoge el texto sustitutorio son plasmados en la Ley 27444, tal como se señalará en los párrafos siguientes.

**b) Aquellas que contravienen las normas y principios de la simplificación administrativa(contenidas en la Ley 27444, sobre todo en su Capítulo I del Título II)**

En la Ley 27444, existe ya incorporado en su artículo IV del Título Preliminar, inciso 1.13 el Principio de Simplicidad, mediante el cual los trámites establecidos por la autoridad administrativa deberán ser sencillos, debiendo eliminarse toda complejidad innecesaria; es decir, los requisitos exigidos deberán ser **racionales y proporcionales** a los fines que se persigue cumplir.

De igual manera, el capítulo I del Título II de la acotada norma establece disposiciones generales con respecto al procedimiento administrativo, entre los cuales se contemplan medidas que buscan agilizar el procedimiento en aras de beneficiar al administrado, enmarcándose siempre en los criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

Así, entre estas medidas se tiene:

- ❖ Régimen de procedimiento de aprobación automática
- ❖ Fiscalización posterior
- ❖ Silencio administrativo(positivo o negativo)
- ❖ Parámetros y prescripciones que deben cumplir los TUPAS
- ❖ Documentación prohibida de solicitar y documentación facilitadora de mérito probatorio
- ❖ Incorporación del principio de veracidad de documentos, información y declaraciones
- ❖ Regulación y límites de los derechos de tramitación
- ❖ Facultades de la PCM y de la Comisión de Acceso al Mercado del INDECOPI con respecto a las barreras burocráticas(artículo 48º antes citado)

Como puede observarse, se trata de distintos instrumentos que buscan facilitar la actuación de los administrados dentro del procedimiento administrativo, a fin de no imponerles cargas o trabas innecesarias.



Congreso de la República

**c) Aquellas que constituyen transgresiones al artículo 61° del Decreto Legislativo N° 776.**

Este artículo 61° de la Ley de Tributación Municipal, prescribe que:

**Artículo 61°.-** *Las Municipalidades no podrán imponer ningún tipo de tasa o contribución que grave la entrada, salida o tránsito de personas, bienes, mercadería, productos y animales en el territorio nacional o que limiten el libre acceso al mercado.*

*En virtud de lo establecido por el párrafo precedente, no está permitido el cobro por pesaje; fumigación; o el cargo al usuario por el uso de vías, puentes y obras de infraestructura; ni ninguna otra carga que impida el libre acceso a los mercados y la libre comercialización en el territorio nacional.*

*El incumplimiento de lo dispuesto en el presente artículo genera responsabilidad administrativa y penal en el Gerente de Rentas o quien haga sus veces.*

*Las personas que se consideren afectadas por tributos municipales que contravengan lo dispuesto en el presente artículo podrán recurrir al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) y al Ministerio Público.*

Las transgresiones que detalla esta norma está dentro de los alcances de la definición de barrera burocrática que propone el presente Dictamen, y por tanto resulta redundante el inciso c) del articulado del Proyecto.

Entrando al análisis del **artículo 3° del Proyecto**, se plantea una modificatoria del artículo 48° de la Ley N° 27444, señalando que cuando en un asunto de competencia de la Comisión de Acceso al Mercado del INDECOPI **la barrera burocrática ha sido establecida por un decreto supremo o una resolución ministerial, dicha Comisión se pronunciará disponiendo su inaplicación al caso concreto**(sin perjuicio de que se notifique la resolución a la entidad estatal que emitió la norma para que pueda modificarla, derogarla o impugnarla ante el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi y si la entidad persiste en mantener la vigencia de la norma o no se pronuncia dentro del plazo de treinta días calendario, el Indecopi interpondrá demanda de acción popular). En cambio, si la barrera burocrática se encuentra establecida en una **Ordenanza Municipal o una norma regional** la resolución deberá ser puesta en conocimiento del Concejo Municipal o Regional, recomendando la derogación o modificación de la norma (sin que merme la posibilidad de la entidad pueda impugnar dicha resolución y si al vencimiento del plazo, el Concejo de la entidad local o regional no emiten pronunciamiento, se entenderá que la denuncia interpuesta es fundada y por lo tanto la barrera burocrática identificada resultará inaplicable para el denunciante, pudiendo el interesado interponer acción de cumplimiento en caso la autoridad continúe exigiendo la barrera burocrática)



*Congreso de la República*

Asimismo, se propone que cuando se trate de procedimientos iniciados de oficio corresponderá interponer la respectiva acción de garantía a todo aquel que invoque interés para el cumplimiento del deber omitido (sin perjuicio de la facultad de la Comisión de imponer sanciones al funcionario que imponga la barrera, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 26BIS del Decreto Ley N° 25868). Por otro lado, si el Concejo Municipal o Regional deciden mantener la barrera burocrática de manera expresa, el Indecopi o el denunciante podrán recurrir ante la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior solicitando que se declare la inaplicación al caso concreto de la norma que contiene dicha barrera, pudiendo ser recurrida ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema, conservando-al igual que en la norma actual- la remisión a la Defensoría del Pueblo para interponer demanda de inconstitucionalidad si es que la citada barrera también viola la Constitución.

En ese sentido, el texto actual del Artículo 48° de la Ley N° 27444, modificado por la Ley N° 28032, señala:

**Artículo 48°.- Cumplimiento de las normas del presente capítulo**

*La Presidencia del Consejo de Ministros tendrá a su cargo garantizar el cumplimiento de las normas establecidas en el presente capítulo en todas las entidades de la administración pública, sin perjuicio de las facultades atribuidas a la Comisión de Acceso al Mercado del Instituto Nacional de la Competencia y Defensa de la Propiedad Intelectual, en el Artículo 26° BIS del Decreto Ley N° 25868 y en el Artículo 61° del Decreto Legislativo N° 776 para conocer y resolver denuncias que los ciudadanos o agentes económicos le formulen sobre el tema.*

*Sin embargo, cuando en un asunto de competencia de la Comisión de Acceso al Mercado la barrera burocrática ha sido establecida por un decreto supremo o una resolución ministerial, dicha Comisión se pronunciará a través de un informe que elevará a la Presidencia del Consejo de Ministros para ser puesto en conocimiento del Consejo de Ministros, el cual deberá necesariamente resolver lo planteado en el plazo de 30 (treinta) días. Dicho plazo se computará desde la recepción del Informe por la Presidencia del Consejo de Ministros. Del mismo modo, cuando la barrera burocrática se encuentre establecida en una Ordenanza Municipal o una norma regional de carácter general, la Comisión elevará el informe <sup>4</sup>respectivo al Concejo Municipal o al Consejo Regional, según corresponda, para que resuelva legalmente en el plazo de 30 (treinta) días.*

---

<sup>4</sup> Todos los subrayados son nuestros.



Congreso de la República

*Dicho plazo se computará desde la recepción del informe por la autoridad municipal o regional correspondiente.*

*Si al vencimiento del plazo antes establecido el Consejo de Ministros, el Concejo Municipal o el Consejo Regional no emiten pronunciamiento, se entenderá que la denuncia interpuesta es fundada. En caso de que la autoridad continúe exigiendo la barrera burocrática identificada, el interesado podrá interponer la acción de cumplimiento correspondiente.*

*Si el Consejo de Ministros, el Concejo Municipal o el Consejo Regional resuelven expresamente mantener la barrera burocrática, el INDECOPI interpondrá demanda de acción popular. En caso de tratarse de barreras sustentadas en Ordenanzas Municipales o normas regionales de carácter general, la Comisión remitirá lo actuado a la Defensoría del Pueblo, organismo que procederá a interponer la demanda de inconstitucionalidad correspondiente, de acuerdo con sus funciones previstas en el inciso 2) del artículo 9º de la Ley N° 26520.*

*(...)*”.

El Proyecto plantea la modificación del segundo, tercer y cuarto párrafos del citado artículo 48º. Analicemos cada uno:

El **segundo párrafo del Artículo 48º** establece el tratamiento que recibe una barrera burocrática contenida en un asunto de competencia de la Comisión de Acceso al Mercado de INDECOPI bajo 2 supuestos, dependiendo de cómo haya sido establecida:

a) Si fue establecida por **decreto supremo o por resolución ministerial**: Actualmente el pronunciamiento de la Comisión no se hace de manera “expresa” o “directa” sino a través de la elevación de un informe a la Presidencia del Consejo de Ministros a fin de que sea puesto en conocimiento del Consejo de Ministros y éste resuelva el caso en un plazo de 30 días

El Proyecto de Ley buscaría que en este primer supuesto, la Comisión disponga la inaplicación de dichos dispositivos para el caso concreto, sin perjuicio de que la entidad que emitió la norma (que sería un ministerio), al ser notificada con este pronunciamiento de la Comisión, disponga la modificación o derogación con alcance general de la norma o decida impugnar la resolución ante el Tribunal de Defensa de la Competencia del INDECOPI, obligando a éste a interponer una acción popular en caso la entidad persista en la vigencia de la norma o no se pronuncie dentro del plazo. Con esta medida, lo que se hace es dotar a la Comisión de Acceso al Mercado de la posibilidad de realizar el control difuso a través de sus



*Congreso de la República*

resoluciones cuando las barreras burocráticas estén contenidas en normas de rango infralegal, vale decir, decretos supremos y resoluciones ministeriales.

Al respecto, existe todo un debate a nivel doctrinario respecto a la posibilidad de que la Administración Pública ejerza el denominado control difuso de la constitucionalidad, pudiendo entenderse éste como la posibilidad de inaplicar una norma por advertir su flagrante incompatibilidad con una norma constitucional en resguardo de la supremacía constitucional.

De un lado, se ha argumentado que al resultar los preceptos constitucionales normas de obligatorio y preferente cumplimiento por parte de cualquier persona o autoridad, ante el eventual conflicto se debe preferir la aplicación de aquellos en base a lo prescrito por el artículo 51° de la Constitución.

Por otro lado, se niega a la Administración la posibilidad de ejercer el control de constitucionalidad, dado que no existe norma alguna que expresamente la faculte a ejercer dicho control, por lo que la Administración requeriría de una norma análoga a la contenida en el artículo 138° de la Constitución, que faculta al Poder Judicial a inaplicar una norma legal al advertir su incompatibilidad con una norma constitucional. Esta posición se sustenta en el denominado "principio de legalidad" que inspira y rige el derecho administrativo.

Así, por ejemplo, para algunos tratadistas como Dromi<sup>5</sup>, este principio de legalidad opera en el quehacer de la Administración imponiéndole una determinada modalidad de obrar ajustada a reglas jurídicas y políticas, de legitimidad o juridicidad estricta y de oportunidad o conveniencia, señalando, por ejemplo, que no se admite ningún poder jurídico que no sea desarrollo de una atribución normativa precedente, dado que el principio de legalidad funciona en forma de una cobertura legal de toda la actuación administrativa (sólo cuando la Administración cuenta con esa regulación previa su actuación es legítima).

Por ello, en vista de que no existe una norma expresa que faculte a la Administración a ejercer control difuso, ésta no se encontraría legitimada ejercerlo en atención al principio de legalidad antes señalado. Inclusive, nuestra legislación avala totalmente esta posición, donde, por ejemplo, el artículo III del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General estipula:

#### *Artículo III.- Finalidad*

*La presente Ley tiene por finalidad establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la Administración Pública sirva a la protección del interés general garantizando los derechos e intereses de los administrados y con **sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general.***

<sup>5</sup> Cfr. DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996.



Congreso de la República

Se puede apreciar expresamente la consagración de este principio en el Artículo IV de la misma Ley:

*Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo*

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

Esta discusión respecto a la posibilidad de la administración de ejercer el control difuso, se basa en la definición sobre el carácter de la función jurisdiccional atribuible sólo al Poder Judicial. En efecto, el propio proyecto señala que existe todo un debate a nivel doctrinario sobre si la Administración ejerce o no función jurisdiccional o si más bien ejerce lo que se conoce como función "cuasi-jurisdiccional".

Sin embargo, acogiendo el razonamiento de la supremacía constitucional (art. 51º de la Constitución) y algunos postulados emitidos por el Tribunal Constitucional<sup>6</sup>, así como la *ratio legis* de diversos artículos relacionados a la nulidad de los actos administrativos contenidos en la Ley 27444(10.1º y 11.2º), puede sostenerse dado que los tribunales administrativos se encuentran sometidos al principio de legalidad y por ende, al control constitucional, pueden realizar un control de validez sólo de aquellos normas de rango infra legal, no pudiendo aplicar un control difuso respecto de otras normas(en base a lo fundamentado en los párrafos precentes), dado que esta facultad es estrictamente reservada para los jueces y tribunales del Poder Judicial.

De esta manera, el Dictamen recoge la propuesta del Proyecto en el sentido de concebir la posibilidad de que la Comisión de Acceso al Mercado pueda inaplicar este tipo de normas inferiores a la ley, en aras de salvaguardar la supremacía constitucional y permitir la inaplicación de este tipo de barreras.

b) Si la barrera fue estipulada mediante una **Ordenanza Municipal o Norma regional con carácter general**, actualmente se señala que la Comisión también eleve un informe respectivo al Concejo Municipal o Regional para que resuelva en el mismo plazo(30 días).

En este caso, el Proyecto busca que la Comisión ponga en conocimiento del Concejo regional o municipal su resolución donde recomiende que se derogue o modifique la norma en un plazo de 30 días calendario, concediéndole la posibilidad de impugnación ante el Tribunal del Indecopi, entendiéndose como fundada la denuncia e inaplicable la barrera identificada si al vencimiento de dicho plazo el Concejo Municipal o Regional no se pronuncia. Asimismo, si esta entidad insiste en seguir exigiendo esa barrera, el interesado podrá interponer una acción de

<sup>6</sup> Ver: EXP. N° 1266-2001-, con sentencia del 9 de septiembre de 2002.



Congreso de la República

cumplimiento (estas dos últimas acciones son recogidas en parte en el **actual tercer párrafo del artículo 48º**)

Adicionalmente se faculta a cualquiera que alegue interés para interponer esta acción de garantía en el caso de procedimientos iniciados de oficio, sin mellar la facultad de la Comisión de Acceso al Mercado de sancionar a los funcionarios que impongan estas barreras.

Por último, mientras que en el **cuarto párrafo** del actual artículo 48º se señala que si el Consejo de Ministros, el Concejo Municipal o el Regional resuelven expresamente mantener la barrera burocrática, el INDECOPI interpondrá demanda de acción popular y en caso de tratarse de barreras sustentadas en Ordenanzas Municipales o normas regionales de carácter general, la Comisión remitirá lo actuado a la Defensoría del Pueblo (para que proceda a interponer la demanda de inconstitucionalidad correspondiente); el Proyecto de ley hace un distinguo e introduce modificaciones en la medida en que se faculta al INDECOPI o al denunciante a recurrir ante la Corte Superior (Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo) para solicitar la inaplicación al caso concreto de la norma que contiene la barrera en caso el Concejo Regional o Municipal decidan mantener expresamente la barrera. Esta resolución puede ser recurrida ante la Corte Suprema (Sala Constitucional y Social). Además, en caso que la barrera establecida en la ordenanza o norma regional general sea también violatoria de la Constitución, se remite a la Defensoría del Pueblo a fin de que interponga la respectiva demanda de inconstitucionalidad.

Esta última modificación planteada por el Proyecto implica la creación de un nuevo procedimiento ante el Poder Judicial para lograr la inaplicación al caso concreto. No parece una solución cualitativamente mejor que la solución que tiene el artículo 48 vigente, por lo cual el Dictamen no considera necesaria esta modificación.

Finalmente, en el **Artículo 4º** del Proyecto se modifica el artículo 26BIS del Decreto Ley N° 25868 de manera que se suprime el tercer párrafo y cuarto párrafo de ese artículo y se establece que lo dispuesto en el texto legal también será de aplicación a la Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales en los supuestos en que se pronuncien sobre restricciones pararancelarias.

El actual artículo (adicionado por el artículo 50º del Decreto Legislativo N° 807) mencionado menciona que:

***Artículo 26º BIS.- La Comisión de Acceso al Mercado es competente para conocer sobre los actos y disposiciones de las entidades de la Administración Pública, incluso del ámbito municipal o regional, que impongan barreras burocráticas que impidan u obstaculicen ilegal o irracionalmente el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado, en especial de las pequeñas empresas, y de velar por el***



*Congreso de la República*

cumplimiento de las disposiciones sobre la materia establecidas en los Decretos Legislativos N°s. 283, 668, 757, el Artículo 61° del Decreto Legislativo N° 776 y la Ley N° 25035, en especial los principios generales de simplificación administrativa contenidos en su artículo 2°, así como las normas reglamentarias pertinentes. Ninguna otra entidad de la Administración Pública podrá arrogarse estas facultades. La Comisión, mediante resolución, podrá eliminar las barreras burocráticas a que se refiere este artículo.

La Comisión podrá imponer sanciones y multas al funcionario o funcionarios que impongan la barrera burocrática declarada ilegal, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa y la formulación de la denuncia penal correspondiente, de ser el caso. La escala de sanciones es la siguiente: falta leve con sanción de amonestación; falta grave con multa de hasta dos (2) UIT y falta muy grave con multa de hasta cinco (5) UIT.

**En<sup>7</sup> caso que la que la presunta barrera burocrática haya sido establecida en un Decreto Supremo o Resolución Ministerial, la Comisión no podrá ordenar su derogatoria o inaplicación ni imponer sanciones. En tal supuesto el pronunciamiento de la Comisión se realizará a través de un informe que será elevado a la Presidencia del Consejo de Ministros para ser puesto en conocimiento del Consejo de Ministros a fin de que éste adopte las medidas que correspondan.**

**Lo dispuesto en el párrafo que antecede también será de aplicación a la Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales a que se refiere el artículo anterior.**

La Comisión de Acceso al Mercado se encuentra facultada para delegar el ejercicio de sus funciones a las dependencias que, en virtud a convenios suscritos por el Directorio del Indecopi, vengan desempeñando o desempeñen en el futuro labores de representación de la Institución.

Dicha delegación sólo alcanzará a los actos, reglamentos o disposiciones emanadas de los órganos de la Administración Pública dependientes del Gobierno Regional o Local de la respectiva jurisdicción.

La modificación que propone el Proyecto se encuentra en estrecha relación con lo señalado al comentar el artículo 3°, dado que al permitirse a la Comisión de Acceso al Mercado que pueda realizar la inaplicación frente a decretos supremos o

---

<sup>7</sup> Subrayado nuestro.



*Congreso de la República*

resoluciones ministeriales, se hace menester realizar una correcta adecuación y sistematización legislativa a fin de evitar vacíos o contradicciones legales. Sin embargo, dado el tema de especialidad y la necesidad de no extender el radio de acción de manera imprudente, no se cree conveniente que se pueda conceder de manera expresa estas facultades a otras Comisiones del Indecopi como lo sugiere el Proyecto, que por lo demás contradice el texto del artículo 26 BIS citado, que le otorga tales facultades sólo a la Comisión de Acceso al Mercado.

## **V.- CONCLUSIONES**

Por las consideraciones expuestas, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 70°, inciso b), del Reglamento del Congreso de la República, la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos, acuerda recomendar la **APROBACIÓN** del Proyecto de Ley N° 125/2006-CR, con el siguiente **TEXTO SUSTITUTORIO**:

### **LEY DE ELIMINACIÓN DE SOBRECOSTOS, TRABAS Y RESTRICCIONES A LA INVERSIÓN PRIVADA**

#### **Artículo 1°- Ambito de aplicación**

La presente Ley es de aplicación para todas las entidades de la Administración Pública entendiendo por éstas a las que se encuentran sujetas al ámbito de aplicación de la Ley N° 27444 conforme a lo dispuesto en el Artículo I del Título Preliminar de dicha Ley.

#### **Artículo 2°- Definición de barreras burocráticas**

Constituyen barreras burocráticas los actos y disposiciones de las entidades de la Administración Pública que violan los principios y normas de simplificación administrativa contenidos en la Ley N° 27444-Ley del Procedimiento Administrativo General y cuya aplicación perjudica objetivamente el inicio, realización, permanencia o desarrollo de actividades económicas impulsadas por los agentes económicos privados.

#### **Artículo 3°- Modifica el artículo 48° de la Ley N° 27444**

Modifíquese el segundo y tercer párrafos del artículo 48° de la Ley N° 27444, de conformidad con la siguiente redacción:

*“Artículo 48°– Cumplimento de las normas del presente capítulo*

*(...)*

*Cuando en un asunto de competencia de la Comisión de Acceso al Mercado la barrera burocrática ha sido establecida por un decreto supremo o una resolución ministerial, dicha Comisión se pronunciará*



*Congreso de la República*

*disponiendo su inaplicación al caso concreto. Sin perjuicio de dicha inaplicación, la resolución será notificada a la entidad estatal que emitió la norma, para que pueda asimismo disponer su modificación o derogación con alcance general, para lo cual se le concede el plazo de treinta días calendario. Dicho plazo se computará desde la recepción de la resolución por la entidad, la misma que podrá impugnar dicha resolución ante el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi. Si la entidad persiste en mantener la vigencia de la norma o no se pronuncia dentro del plazo, el Indecopi interpondrá demanda de acción popular.*

*Asimismo, cuando la barrera burocrática se encuentre establecida en una Ordenanza Municipal o una norma regional de carácter general, la resolución de la Comisión será puesta en conocimiento del Concejo Municipal o el Consejo Regional, según corresponda, recomendando la derogación o modificación de la norma, en el plazo de treinta días calendario. Dicho plazo se computará desde la recepción de la resolución por la autoridad municipal o regional correspondiente, la misma que podrá impugnar dicha resolución ante el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi. Si al vencimiento del plazo antes establecido el Concejo Municipal o el Consejo Regional no emiten pronunciamiento, se entenderá que la denuncia interpuesta es fundada; y por lo tanto, la barrera burocrática identificada resultará inaplicable para el denunciante. En caso de que la autoridad continúe exigiendo la barrera burocrática identificada, el interesado podrá interponer la acción de cumplimiento correspondiente. Tratándose de procedimientos iniciados de oficio, corresponderá interponer la respectiva acción de garantía a todo aquel que invoque interés para el cumplimiento del deber omitido.*

#### **Artículo 4º Modificatoria del artículo 26BIS del Decreto Ley N° 25868**

Suprimanse el tercer y cuarto párrafos del artículo 26BIS del Decreto Ley N° 25868.

#### **Artículo 5º- Norma derogatoria**

Deróguense o déjense sin efecto, según corresponda, las disposiciones que se opongan a la presente Ley.

Salvo mejor parecer.  
Dése cuenta,  
Sala de comisiones.

Lima, 07 de Marzo 2007.



Congreso de la República

Yohmy Lescano Ancieta  
Presidente

Juvenal Ordoñez Salazar  
Vicepresidente

Luciana León Romero  
Secretaria

Edgara Reynundo Mercado

Isaac Serna Guzmán

Cenaida Uribe Medina

Julio Herrera Pumayauli

Luis Galarreta Velarde  
(con reserva)

Carlos Raffo Arce

Aurelio Pastor Valdivieso

**COMISION DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR Y ORGANISMOS  
REGULADORES DE LOS SERVICIOS PUBLICOS**

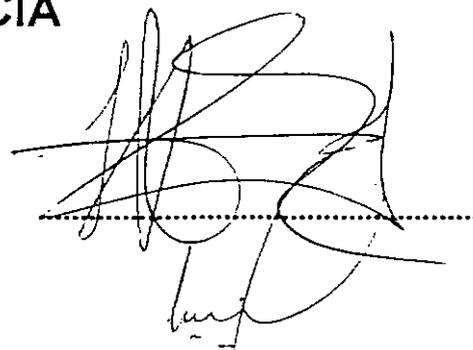
Sesión Ordinaria N° 21

Lima, 07 de marzo de 2007

**ASISTENCIA**

**MIEMBROS TITULARES**

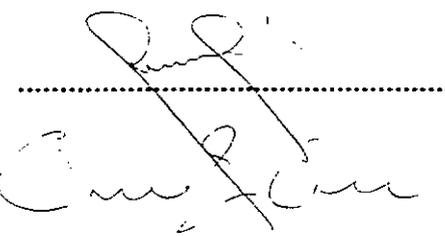
1. **Yonhy Lescano Ancieta**  
Presidente



2. **Juvenal Ubaldo Ordoñez Salazar**  
Vicepresidente



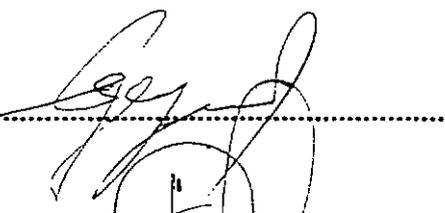
3. **Luciana León Romero**  
Secretaria



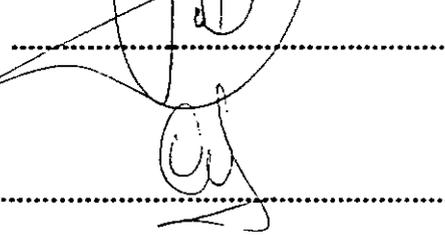
4. **Julio Herrera Pumayauli**



5. **Luis Galarreta Velarde**



6. **Carlos Raffo Arce**



7. **Edgard Reymundo Mercado**

8. **Isaac Serna Guzmán**

9. **Cenaida Uribe Medina**

10. Aurelio Pastor Valdivieso .....

**MIEMBROS ACCESITARIOS**

11. Elsa Canchaya Sánchez .....

12. Luis Humberto Falla Lamadrid .....

13. Pedro Santos Carpio .....

14. Rosa Venegas Mello .....

15. David Waisman Rjavinsthi .....

16. Daniel Abugattas Majluf .....