
La Comisión de Acceso al Mercado del Indecopi y su Contribución al Desarrollo Económico mediante la Eliminación de Barreras Burocráticas

José E. Chueca Romero*

Presidente de la Comisión de Acceso al Mercado del Indecopi

I. Introducción

Para que se lleven a cabo actividades económicas que generen directa o indirectamente el bienestar de su población, los Estados requieren desarrollar ciertas capacidades para atraer aquellas inversiones que, con una perspectiva de largo plazo, buscan los mejores destinos para establecer sus actividades productivas.

La libre iniciativa y la libre competencia constituyen premisas fundamentales para construir esas capacidades.

Serán más atractivos los Estados que -a través de la consistencia y coherencia de sus actos— sean capaces de transmitir a inversionistas nacionales y extranjeros, la confianza suficiente de que los recursos que van a destinar a sus actividades productivas generarán frutos en función de sus propias decisiones y de los riesgos empresariales que ellas involucren, sin interferencias de acciones o decisiones sorpresivas o arbitrarias de los gobernantes del turno.

Los artículos 58° y siguientes de la Constitución Política del Perú consagran la libre iniciativa y la libre competencia en el desarrollo de las actividades económicas, y le asignan al Estado la función de velar por el respeto de dichas libertades.

La institución encargada de hacer que dichas libertades sean respetadas en el marco de la Constitución y las leyes es el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – Indecopi, creado por el Decreto Ley N° 25868.

Ciertamente, el ejercicio de la libre iniciativa y de la libre competencia no es irrestricto. Están sujetos al respeto de la normatividad dictada por las diferentes instituciones administrativas del Estado — a las que se denomina «*barreras burocráticas*»— que constituyen exigencias que deben ser asumidas para el desarrollo de las actividades económicas y que se materializan en trámites, requisitos, cobros, limitaciones o impedimentos.

Las *barreras burocráticas* no son malas en sí mismas, pues están destinadas a hacer compatible el desarrollo de las actividades económicas con los intereses de la sociedad, como ocurre por ejemplo con la exigencia de respetar las normas sobre zonificación para el ejercicio de las actividades de construcción.

Sin embargo, existen *barreras burocráticas* que sí son perjudiciales, pues han sido establecidas sin tener en consideración el marco legal vigente o sin guardar la debida correspondencia con el interés público a tutelar.

Estas *barreras burocráticas*, al no tener un sustento legal o racional, ocasionan que las actividades económicas sean ineficientes y se encarezcan, restándole competitividad a los agentes económicos y, con ello, generando un desincentivo a la inversión y, más bien, un estímulo a la informalidad.

Una de las funciones principales del Indecopi, como institución encargada de velar por el respeto del ejercicio de la libre iniciativa y libre competencia, consiste en la identificación de *barreras burocráticas* ilegales o irracionales con el propósito de propender a su eliminación.

*Master en Derecho por la Escuela de Leyes de la Universidad de Harvard y Diplomado del Programa de Alta Dirección de la Universidad de Piura.

II. La Comisión de Acceso al Mercado del Indecopi y las Barreras Burocráticas

Al crearse el Indecopi en el año 1992, se creó la Comisión de Acceso y Salida al Mercado como órgano competente para, entre otras cosas, identificar aquellas barreras burocráticas que, al ser ilegales y/o irracionales, afectan el ejercicio de la libre iniciativa y la libre competencia. Ello, con la finalidad de que las personas que deseen ejercer una actividad económica en nuestro país no sólo puedan ingresar al mercado, sino que puedan permanecer en él sobre la base de sus propias decisiones y el respeto al ordenamiento legal vigente.

En el año 1996, con la dación del Decreto Legislativo N° 807, se creó en forma autónoma la Comisión de Acceso al Mercado como órgano resolutorio del Indecopi encargado, a exclusividad, de identificar las barreras burocráticas ilegales y/o irracionales.

El Decreto Legislativo N° 807, en su artículo 50°, incorpora al Decreto Ley N° 25868 el artículo 26 BIS en los siguientes términos:

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

De acuerdo a lo señalado en el referido artículo, a la Comisión de Acceso al Mercado del Indecopi se le encarga el cumplimiento de las siguientes funciones:

- Conocer de los actos o disposiciones administrativas emanados de las entidades que conforman los distintos niveles de gobierno (nacional, regional y/o local) que impongan barreras burocráticas que impidan u obstaculicen, ilegal o irracionalmente, el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado.
- Conocer de los actos o disposiciones administrativas emanados de las entidades que

conforman los distintos niveles de gobierno (nacional, regional y/o local) que transgredan las normas y principios de simplificación administrativa.

- Conocer de los actos y disposiciones de los gobiernos locales que, en ejercicio de su potestad tributaria, afecten el libre tránsito de bienes, mercaderías y personas en el territorio nacional.

En lo que concierne a la primera de las funciones mencionadas, esto es, la de identificación de *barreras burocráticas* que impiden u obstaculizan, ilegal o irracionalmente, el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado, la Comisión interviene principalmente como consecuencia de las denuncias que presentan los agentes económicos afectados por las mismas, sin perjuicio de un prudente ejercicio de la capacidad para intervenir de oficio que la ley le confiere.

Frente a las denuncias que le formulan, la Comisión, luego de correr traslado de las mismas a las entidades administrativas generadoras de las *barreras burocráticas*, realiza un exhaustivo análisis para determinar si ellas son ilegales y/o irracionales. Dicho análisis implica una evaluación de los aspectos legales y/o racionales, sobre la evaluación del cumplimiento de las siguientes consideraciones:

- a) Si la entidad que ha impuesto la *barrera burocrática* tiene competencia para imponerla. Es decir si el marco legal faculta a la entidad denunciada para imponer la *barrera burocrática*.
- b) Si la entidad que ha impuesto la *barrera burocrática* ha respetado las formalidades y procedimientos necesarios para su imposición.
- c) Si la *barrera burocrática* impuesta guarda relación con el interés público a tutelar por la entidad.
- d) Si la *barrera burocrática* impuesta es adecuada o razonable a la finalidad que se pretende alcanzar.
- e) Si la *barrera burocrática* impuesta es una de las opciones menos gravosas para los agentes económicos, en consideración a otras opciones que permitan lograr el mismo fin.

La evaluación de las referidas consideraciones permite a la Comisión tener una secuencia objetiva y lógica de análisis que, además, optimiza los recursos en la tramitación del procedimiento; pues, de no pasar la *barrera burocrática* bajo examen alguno de los puntos a analizar, se interrumpe el análisis y se declara, según su estado, la existencia de una barrera burocrática ilegal y/o irracional.



Es importante mencionar que dicha secuencia de análisis no solamente constituye un mecanismo interno de evaluación, sino que además ha sido establecida como precedente de observancia obligatoria por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi en la Resolución N° 182-97-TDC publicada en el diario oficial El Peruano el 20 de agosto de 1997. De esta manera, tanto los agentes económicos como las entidades administrativas pueden saber de antemano que aspectos deben tener en cuenta al enfrentarse o imponer una *barrera burocrática*.

La capacidad de la Comisión para eliminar las *barreras burocráticas* ilegales y/o irracionales, tiene que ver con el tipo de norma en que la *barrera burocrática* en cuestión se encuentre establecida.

En el caso de *barreras burocráticas* ilegales y/o irracionales contenidas en Decretos Supremos, Resoluciones, Ministeriales, Ordenanzas Municipales o Normas Regionales de Alcance General, la Comisión no puede eliminar directamente las *barreras burocráticas*. En estos casos, la Comisión eleva su opinión, a través de un Informe, a las entidades generadoras de las *barreras burocráticas* (Consejo de Ministros, Concejo Municipal o Consejo Regional, según corresponda) para que sean ellas mismas las que dispongan su eliminación, en un plazo señalado. En caso que no lo hagan, la ley autoriza que se interpongan las acciones de garantía correspondientes para lograr la eliminación de la *barrera burocrática* declarada como ilegal o irracional por la Comisión.

Sobre esto último, en caso que el Consejo de Ministros rechace el pronunciamiento de la Comisión respecto de una *barrera burocrática* contenida en un Decreto Supremo o Resolución Ministerial, la ley habilita al Indecopi a interponer la demanda de acción

popular ante el Poder judicial para lograr su eliminación¹. Asimismo, en el caso que un Concejo Municipal o un Consejo Regional rechacen el pronunciamiento de la Comisión respecto de una *barrera burocrática* contenida en una Ordenanza Municipal o en una Norma Regional de Alcance General, la ley habilita a la Comisión a trasladar los actuados a la Defensoría del Pueblo para que dicho organismo inicie las acciones de inconstitucionalidad correspondientes a efectos de eliminar las *barreras burocráticas* identificadas por la Comisión².

En los demás casos de *barreras burocráticas* ilegales y/o irracionales identificadas por la Comisión, la ley la faculta a disponer su eliminación directamente al caso concreto, con la posibilidad de sancionar a los funcionarios que impongan las *barreras burocráticas*.

“(...) la Comisión ha identificado la existencia de barreras burocráticas ilegales y/o irracionales que han sido inmediatamente eliminadas”

III. Algunos casos de barreras burocráticas ilegales e irracionales, resueltos por la Comisión de Acceso al Mercado del Indecopi

En el desarrollo de sus funciones, la Comisión ha identificado la existencia de *barreras burocráticas* ilegales y/o irracionales que han sido inmediatamente eliminadas. A continuación, se presentan dos casos de *barreras*

burocráticas que fueron declaradas ilegales e irracionales por la Comisión.

Establecimiento de costos mínimos al transporte terrestre de carga

Mediante Decreto Supremo N° 021-2003-MTC publicado el 14 de mayo de 2003, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones estableció un sistema en virtud del cual los transportistas terrestres de carga debían determinar los precios por los servicios que ofrecían en el mercado, sobre la base de una tarifa mínima previamente determinada por el propio Ministerio.

1 Hasta la fecha de elaboración del presente artículo no se ha iniciado ninguna acción popular, pues en todos los casos remitidos al Consejo de Ministros se ha eliminado la *barrera burocrática* ilegal y/o irracional identificada por la Comisión.

2 Hasta la fecha de elaboración del presente artículo se han remitido a la Defensoría del Pueblo 6 expedientes contra las municipalidades de Santiago de Surco (arbitrios municipales), Jesús María (tasa de parqueo vehicular), San Isidro (exigencia de licencias de funcionamiento especiales), Callao (arbitrios municipales), Jesús María (licencia de funcionamiento), San Isidro (arbitrios municipales). En los demás casos, se han eliminado las *barreras burocráticas* en forma expresa por disposición de la Ley N° 28032 ante la falta de respuesta dentro del plazo del Concejo Municipal respectivo. Es de mencionar que hasta la fecha la Defensoría del Pueblo únicamente ha interpuesto acción de inconstitucionalidad con relación al primero de los expedientes remitidos que ha dado lugar a que el Tribunal Constitucional declare la inconstitucionalidad de las ordenanzas que contemplaban las *barreras burocráticas* identificadas por la Comisión.

Frente a dicha exigencia la Sociedad Nacional de Industrias y la Asociación de Exportadores presentaron una denuncia por considerar que constituía una barrera burocrática ilegal e irracional que afectaba el desarrollo de sus actividades económicas, pues a partir del establecimiento de dicha exigencia los costos de los productos que ofrecían en el mercado se iban a incrementar perdiendo competitividad en el mercado tanto interno como internacional.

Ante dicha denuncia, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones presentó sus descargos sustentando la exigencia en los siguientes principales argumentos:

- Señaló que la medida era consecuencia del Decreto de Urgencia N° 140-2001 publicado el 31 de diciembre de 2001, que estableció que por razones de interés nacional o necesidad pública el Estado a través de la promulgación de un Decreto Supremo podría fijar tarifas mínimas para la prestación del servicio del transporte terrestre de carga y pasajeros.
- Asimismo, precisó que era necesario establecer dicho sistema pues de lo contrario las empresas formales saldrían del mercado como consecuencia de la competencia desleal que generaban los transportistas informales quienes al no cumplir con las exigencias legales y de seguridad, cobraban por sus servicios, precios que en la práctica únicamente podrían ser cobrados por las empresas formales dejando de cumplir las exigencias legales y de seguridad mínimas o en su defecto asumiendo pérdidas. Por tanto, señalaba el Ministerio, que el objetivo de la exigencia era reducir la informalidad y resguardar el cumplimiento de los niveles mínimos de seguridad.

La Comisión al evaluar la barrera burocrática determinó lo siguiente:

- Que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones estaba facultado para fijar un sistema de tarifas mínimas para el transporte terrestre de carga y había seguido los procedimientos necesarios para su implementación al emitir un Decreto Supremo. Empero la Comisión señaló que el Ministerio había convertido el sistema de tarifas mínimas en permanente, mediante actualizaciones periódicas, no obstante que dicho sistema debía tener una naturaleza temporal, lo cual implicaba

una extralimitación en su competencia para regular dicho sistema.

- Que, el establecimiento de un sistema de tarifas mínimas no guardaba relación con el interés público mencionado de reducir la informalidad, pues al fijar un sistema de tarifas mínimas encima del precio promedio del mercado, se produciría un efecto contrario en la medida que los demandantes del servicio, en procura de menores precios, acudirían a la informalidad y obligarían a que la oferta formal del servicio se reduzca.
- Que, asimismo en cuanto al mantenimiento de los niveles de calidad y seguridad en la prestación del servicio de transporte terrestre de carga, existían en la experiencia internacional otros mecanismos más eficaces que el establecimiento de tarifas mínimas, como por ejemplo el reforzamiento de la fiscalización por parte de las autoridades del cumplimiento de dichos niveles. En otras palabras, la experiencia internacional había demostrado que con una acción de fiscalización eficaz por parte de las autoridades y en un régimen de precios de mercado se había logrado alcanzar el cumplimiento de los niveles mínimos de seguridad y de calidad como consecuencia de la competencia.

En virtud a ello, la Comisión declaró la existencia de una barrera burocrática ilegal e irracional en la exigencia del sistema de tarifas mínimas para el transporte terrestre de carga y remitió el informe correspondiente al Consejo de Ministros para su eliminación, la misma que se alcanzó en atención a que luego del pronunciamiento de la Comisión, pero antes de que el Consejo de Ministros se pronuncie, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el Decreto de Urgencia N° 140-2001 que sustentó la imposición del sistema.

Establecimiento de distancia mínima de 1,000 metros entre estaciones de servicios de combustible

Mediante Decreto Supremo N° 020-2001-MEM publicado el 11 de mayo de 2001, el Ministerio de Energía y Minas dispuso que para otorgar autorizaciones de construcción e instalación de Estaciones Servicios y Puestos de Ventas de Combustibles (grifos) en zonas urbanas calificadas como industrial o comercial, se exigiría la distancia mínima de 1,000 metros de otras Estaciones Servicios y Puestos de Ventas de Combustibles (grifos), medidos



desde el surtidor, las conexiones de entrada de los tanques y ventilaciones más cercanas.

Frente a dicha disposición la empresa Terminal Terrestre Ica S.A. presentó una denuncia por considerar que constituía una barrera burocrática ilegal e irracional que afectaba el desarrollo de sus actividades económicas, pues dicha disposición le impedía construir y operar un grifo en el terreno de su propiedad adquirido para tal efecto, lo cual además de impedir su acceso al mercado, le negaba la posibilidad de competir en una zona determinada con otras Estaciones de Servicios.

Ante dicha denuncia, el Ministerio de Energía y Minas presentó sus descargos sustentando la exigencia en los siguientes principales argumentos:

Señaló que la medida tenía como propósito proteger la vida y la salud de las personas que poseían predios colindantes o cercanos a dichos establecimientos, así como evitar un perjuicio a su derecho de propiedad; empero reconocía que la competencia para el establecimiento de dichas distancias correspondía en todo caso a las municipalidades, por estar relacionadas con aspectos vinculados al uso del suelo.

La Comisión al evaluar la barrera burocrática determinó que si bien el Ministerio de Energía y Minas podía tener facultades para normar los aspectos de seguridad referidos a las comercialización de combustibles, en el presente caso no había presentado un sustento técnico acerca de porqué la distancia de

1,000 metros garantizaba la salud y la vida de las personas, más aún cuando las anteriores normas dictadas por el propio Ministerio establecieron distancias bastante menores e incluso en alguna oportunidad se eliminó la limitación.

En ese sentido, la Comisión declaró la existencia de una barrera burocrática irracional pues el Ministerio, pese a tener la carga de sustentar dicha barrera, no tuvo ningún argumento técnico que demostrara que el establecimiento de la distancia de 1,000 metros garantiza la vida y la salud de las personas y remitió el informe correspondiente al Consejo de Ministros para su eliminación, aprobándose la correspondiente disposición eliminando la limitación establecida.

De lo expuesto en ambos casos se observa que las barreras burocráticas impuestas por las entidades denunciadas afectaban la libre iniciativa y la libre competencia de agentes económicos en el desarrollo de sus actividades. En efecto, en la primera de las barreras se impedía a los operadores de los servicios de transporte terrestre de carga fijar sus precios libremente, y en la segunda se impedía a los operadores de los servicios de expendio de combustibles competir a distancias inferiores a 1,000 metros, asegurándole un monopolio territorial al titular de una estación de servicio.

En ambos casos los perjudicados eran los usuarios de los servicios, quienes veían restringido su derecho de satisfacer sus necesidades en el mercado, según sus preferencias