

REVISTA EUROLATINOAMERICANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO

VOL. 11 | N.1 | ENERO/JUNIO 2024 | ISSN 2362-583X



RED DOCENTE
EUROLATINOAMERICANA
DE DERECHO ADMINISTRATIVO



Barreras burocráticas y libertad de empresa: análisis de las implicancias administrativas en materia de regulación laboral

Bureaucratic Barriers and Freedom of Enterprise: Analysis of the Administrative Implications of Labor Regulation

ERICK G. CUBA MENESES I. II. *

^I Universidad Científica del Sur (Lima, Perú)

^{II} Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima, Perú)

ecuba@rubio.pe

<https://orcid.org/0000-0003-2730-2490>

VICTOR MANUEL HIDALGO BALAREZO II. **

^{II} Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima, Perú)

vhidalgo@rubio.pe

<https://orcid.org/0009-0005-0410-4397>

Recibido el/Received: 19.05.2024 / May 19th, 2024

Aprobado el/Approved: 22.06.2024 / June 22nd, 2024

RESUMEN

Los autores analizan los efectos de las recientes modificaciones al procedimiento de eliminación y prevención de barreras burocráticas sobre la regulación de la tercerización laboral y las relaciones colectivas, en las que se ha incorporado. En ese contexto, se evalúa si es posible denunciar los efectos indirectos producidos por la regulación laboral en la actividad empresarial. Finalmente, se exponen algunos aspectos y factores que se debe tener en cuenta para ello.

Palabras clave: barreras burocráticas; libertad empresarial; libertades económicas; iniciativa privada; regulación.

ABSTRACT

The authors analyze the effects of the recent modifications to the elimination and prevention of bureaucratic barriers procedure on the regulation of labor outsourcing and collective relations, in which it has been incorporated. In this context, it is evaluated whether it is possible to denounce the indirect effects produced by labor regulation on business activity. Finally, some aspects and factors to be considered for this purpose are presented.

Keywords: bureaucratic barriers; business freedom; economic liberties; private initiative; regulation

Como citar este artículo | *How to cite this article:* CUBA MENESES, Erick G.; HIDALGO BALAREZO, Victor Manuel. Barreras burocráticas y libertad de empresa: análisis de las implicancias administrativas en materia de regulación laboral. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 11, n. 1, e249, ene./jun. 2024. DOI 10.14409/redoeda.v11i1.13673.

* Profesor Investigador de la Universidad Científica del Sur y Profesor Ordinario en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima, Perú). Doctorando en Derecho Administrativo por la Université Paris II Panthéon-Assas (París, Francia). Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo - APDA, Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo - FIDA y Secretario Académico de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación- ASIER. Asociado del Área Administrativa y Regulatoria de Rubio, Leguía, Normand.

** Bachiller en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima Perú). Asociado del Área Administrativa y Regulatoria de Rubio, Leguía, Normand.



SUMARIO

1. Introducción. **2.** Premisas. **2.1** El procedimiento administrativo de eliminación de barreras burocráticas. **3.** Las modificaciones al Decreto Legislativo N° 1256. **4.** Los efectos directos e indirectos de las disposiciones constitutivas de barreras burocráticas. **5.** Consecuencias prácticas de la modificatoria con relación a los efectos indirectos de las barreras burocráticas: la regulación en material sindical como objeto de control por parte de la CEB. **6.** Conclusiones. **7.** Referencias.

1. INTRODUCCIÓN

El Estado peruano ha desplegado diversos esfuerzos para hacer efectiva la simplificación administrativa y la realización de la libertad de acceso al mercado y la libre competencia. Parte de estos esfuerzos es la creación de un sistema normativo para la erradicación de las barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad impuestas por las entidades públicas, que encuentra su principal protagonista en el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, "INDECOPI") a través de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (en adelante, "CEB") y la correspondiente Sala de su Tribunal.

En ese contexto, las funciones antes asumidas por la Comisión de Simplificación de Acceso y Salida del Mercado, luego por la Comisión de Acceso al Mercado y actualmente por la CEB han permitido desde su incorporación a las competencias del INDECOPI dar cuenta de diversas conductas, decisiones, medidas o prácticas de las entidades de la Administración Pública que no permiten realizar el mandato constitucional del libre mercado.

Más aún, esto es posible a través de un procedimiento administrativo *sui generis* en que, sin realizar control constitucional ni invadir o arrogar ninguna de las competencias otorgadas constitucionalmente a la función jurisdiccional, es posible para el órgano administrativo declarar la inaplicación de aquellas medidas declaradas como barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad, sea con efectos particulares (es decir, al caso concreto) o generales.

Este marco funcional y normativo se encuentra condensado en el Decreto Legislativo N° 1256, que aprobó la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas (en adelante, "Decreto Legislativo N° 1256") publicado el 8 de diciembre de 2016 en el Diario Oficial El Peruano. Este decreto reemplazaba a las anteriores normas emitidas en este ámbito contenidas, entre otros cuerpos normativos, en el Decreto Ley N° 25868 de 1992, el Decreto Legislativo N° 1212 de 2015 y las Leyes N° 28996 y 30056.

Aunque la previsión de una normativa como la descrita resulta de la más alta importancia, el sistema -como cualquier otro- no está exento de deficiencias y ha sido objeto de distintas modificaciones a lo largo de su existencia. De hecho, recientemente



el Congreso de la República ha introducido algunas modificaciones al Decreto Legislativo N° 1256, dos de las cuales llaman particularmente la atención a la luz de recientes pronunciamientos de la CEB: la previsión de que es posible someter a la competencia de la CEB la impugnación de ciertas barreras burocráticas que generan efectos perversos de manera indirecta.

En ese sentido, el presente trabajo abordará cómo dichas modificaciones efectuadas al Decreto Legislativo N° 1256 repercuten en la prosecución de los fines propuestos al sistema y sus consecuencias en la práctica. Con ese objetivo, partiendo de determinadas premisas necesarias para el análisis, se revisará las modificaciones y su justificación desde la perspectiva de los grupos parlamentarios que las promovieron para luego indagar y desarrollar ambas modificaciones. En ambos casos se propone una aplicación práctica a partir de recientes resolución de la CEB dictados en casos de actualidad. Finalmente, se proponen algunas conclusiones.

2. PREMISAS

2.1 EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS

Como se ha indicado, en la persecución de efectivizar las libertades económicas y la simplificación administrativa, el Estado peruano ha dotado a los individuos de diversos mecanismos de tutela. Entre otros, podríamos contar al proceso contencioso administrativo, a los procesos constitucionales de amparo, cumplimiento o de acción popular y el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas. Este último, específicamente, otorga mecanismos de defensa en contra de las barreras impuestas por la Administración Pública. Pero ello es sólo una dimensión de la comprensión de este procedimiento.

El procedimiento de eliminación de barreras constituye también un mecanismo de control de la Administración en que, en principio, el administrado funge como colaborador a través de sus denuncias. El interés primordial de controlar y erradicar las actuaciones y actos de la Administración Pública que puedan obstaculizar el acceso y permanencia en el mercado o complejizar las relaciones entre esta y los administrados de manera ilegal o irrazonable justifica que, el procedimiento pueda iniciar tanto a través de una denuncia, como de oficio por parte de la Secretaría Técnica de la CEB.

El procedimiento administrativo de eliminación de barreras burocráticas no constituye una invasión a la función jurisdiccional ni a las competencias que la Constitución Política del Perú ha otorgado a los jueces de la República. Más bien,

(...) el sistema de eliminación de barreras burocráticas sirve para controlar a la Administración pública, tanto en sus decisiones concretas (actos administrativos o actuaciones



materiales), como en sus reglamentos (denominados “disposiciones administrativas” por la Ley). Su rasgo distintivo se encuentra en que dicho control se ejerce con el propósito de proteger el libre mercado, por ello, las barreras controlables son aquellas que impiden el acceso o ponen en riesgo la permanencia en el mercado de los agentes económicos, así como aquellas que vulneran los principios de simplificación administrativa.

Siendo un mecanismo de control, este sistema se enmarca en el amplio espectro del control de la Administración pública. Sin ir mucho al detalle, basta recordar que ninguno de los poderes que ejerce la Administración puede quedar exentos de control. Por eso, existen una serie de mecanismos para asegurarse que la Administración actúe conforme a la ley y de forma razonable.¹

Específicamente, se trata de un mecanismo de control interno de la Administración, por contraposición al control externo delegado a la jurisdicción contencioso-administrativa. De ahí que, al privilegiar el interés de controlar las actuaciones o actos de la Administración Pública que obstaculicen sus relaciones con los administrados o impidan el ejercicio libre de los derechos y las libertades económicas, el procedimiento pueda iniciar de oficio o a instancia de parte. Ello, igualmente, se condice con el ejercicio de la competencia para brindar efectos generales a la declaración de ilegalidad o carencia de razonabilidad.

De otro lado, es preciso comprender al procedimiento administrativo de eliminación de barreras burocráticas como un ejemplo de procedimiento trilateral, dado que el denunciante reviste la figura de *parte* en el trámite del procedimiento, lo cual aneja ciertas *cargas* respecto del *impulso* del procedimiento².

Específicamente, la Ley le atribuye la carga de aportar las pruebas necesarias para acreditar las barreras y, de ser el caso, los indicios suficientes para analizar su falta de razonabilidad. Como puede apreciarse, la regulación de la Ley sigue la misma lógica del procedimiento trilateral, tal como es considerado en la Ley de procedimiento administrativo general, basta con ver el artículo IV del Título Preliminar.

Esta regulación parte de la premisa de que hay un interés privado relevante detrás del denunciante, lo que ameritaría que se regule el procedimiento como uno trilateral, en

¹ ALEJOS, Óscar. SUÁREZ, Alejandra. Las barreras del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas para acceder al mercado. Una revisión del modelo de control administrativo, **Revista Digital de derecho Administrativo**, Bogotá, n.º 28, p. 201–222, 2018. <https://doi.org/10.18601/21452946.n28.07>, p. 211.

² ALEJOS, Óscar. SUÁREZ, Alejandra. Las barreras del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas para acceder al mercado. Una revisión del modelo de control administrativo, **Revista Digital de derecho Administrativo**, Bogotá, n. 28, p. 201–222, 2018. <https://doi.org/10.18601/21452946.n28.07>, p. 209.



*donde la autoridad -si bien sigue tutelando el interés público- asume una posición de árbitro.*³

De ahí que sea recurrente el uso de premisas, categorías y razonamientos propios del proceso civil (además de que el Decreto Legislativo N° 1256, así lo prescribe), como es el caso de la legitimación o el interés para obrar a fin de evaluar la procedencia de una denuncia ante la CEB.

Uno de los aspectos que debe tenerse en cuenta es, además del tipo de control que implica, el objeto de control del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas ¿Qué se controla? Y, por tanto, ¿cuáles son las competencias que pueden ser ejercidas y qué puede conseguirse a través de él? La respuesta inicia en el inciso 4 del artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1256 cuando establece que las barreras burocráticas pueden materializarse en “actos administrativos, disposiciones administrativas y/o actuaciones materiales”; entendiendo por cada una de estas categorías lo siguiente:

5. Acto administrativo: declaración de una entidad cuyo concepto ha sido recogido en el artículo I del Título Preliminar de la Ley N° 27444 o la norma que la reemplace, destinado a producir efectos jurídicos individuales o individualizables de modo directo en un administrado o grupo de administrados y/o agentes económicos.

6. Disposición administrativa: todo dispositivo normativo emitido por una entidad destinado a producir efectos jurídicos abstractos y generales sobre un grupo indeterminado de administrados y/o agentes económicos.

7. Actuación material: todo comportamiento, manifestación y/o actividad material de una entidad o un funcionario, servidor público o cualquier persona que ejerza funciones administrativas por delegación, bajo cualquier régimen laboral o contractual, que sin ser viabilizada a través de un acto y/o disposición administrativa, produce efectos jurídicos capaces de restringir u obstaculizar el acceso o la permanencia de los agentes económicos en el mercado y/o que constituyan incumplimientos de las normas y/o principios que garantizan la simplificación administrativa.

Con lo cual, la lista de materializaciones que pueden ser sometidas al control del procedimiento administrativo de eliminación de barreras burocráticas resulta amplia, comprendiendo tanto a los actos administrativos, actuaciones materiales (incluso las vías de hecho), como los reglamentos administrativos dictados al amparo de la potestad reglamentaria de la Administración Pública.

³ ALEJOS, Óscar. SUÁREZ, Alejandra. Las barreras del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas para acceder al mercado. Una revisión del modelo de control administrativo, **Revista Digital de derecho Administrativo**, Bogotá, n. 28, p. 201–222, 2018. <https://doi.org/10.18601/21452946.n28.07>, p. 210.



Tomando en consideración las consecuencias que pueden esperarse de las acciones a adoptar por el INDECOPI, un resultado del procedimiento favorable al denunciante implicará que la medida denunciada como barrera burocrática pueda ser declarada ilegal y/o carente de razonabilidad y, en consecuencia, ordenarse su inaplicación al caso concreto o, inclusive -más aún gracias a las recientes modificaciones al marco normativo, ser inaplicables a la generalidad de los administrados y/o agentes económicos.

Así pues, resulta acertado sostener lo siguiente:

...el sistema de eliminación de barreras burocráticas sirve para controlar a la Administración pública, tanto en sus decisiones concretas (actos administrativos o actuaciones materiales), como en sus reglamentos (denominados "disposiciones administrativas" por la Ley). Su rasgo distintivo se encuentra en que dicho control se ejerce con el propósito de proteger el libre mercado; por ello, las barreras controlables son aquellas que impiden el acceso o ponen en riesgo la permanencia en el mercado de los agentes económicos, así como aquellas que vulneran los principios de simplificación administrativa⁴

Como se menciona en la cita, el objetivo de crear un procedimiento de eliminación de barreras burocráticas y dotar al INDECOPI con las competencias necesarias para actuar de manera oportuna frente a estas, es la protección del libre mercado, como libertad fundamental, y el mercado en sí mismo, como bien constitucionalmente protegido.

En vista de dicha finalidad, podría presumirse que las formas de afectación al libre mercado por parte de la Administración Pública podrían provenir de diversas fuentes, podría afectar el ingreso o la permanencia en el mercado atacando distintos eslabones de una sola cadena productiva, o podría limitar la actividad comercial introduciendo regulación en materia laboral, que exceda los límites de configuración legal de los derechos laborales fundamentales. Verificar esta afectación sería suficiente para que una denuncia proceda ante la Comisión, aún cuando no resulte favorable una decisión final sobre el fondo.

En ese escenario, cabría preguntarse además por el papel que juega el denunciante en el procedimiento a la luz de la naturaleza de este. Esta naturaleza es la de un procedimiento administrativo trilateral⁵, en la medida en que el denunciante se constituye materialmente como parte y soporta cargas, entre ellas, la de aportar pruebas que apoyen sus alegaciones. Ser parte, se corresponde con el hecho de que, detrás de los esfuerzos

⁴ ALEJOS, Óscar. SUÁREZ, Alejandra. Las barreras del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas para acceder al mercado. Una revisión del modelo de control administrativo, **Revista Digital de derecho Administrativo**, Bogotá, n. 28, p. 201-222, 2018. <https://doi.org/10.18601/21452946.n28.07>, p. 210.

⁵ LINDLEY-RUSSO, Alfredo. Cargas o efectos de las modalidades de cada tipo de procedimiento, y medidas correctivas, en el mecanismo peruano de eliminación de barreras burocráticas y simplificación administrativa". **Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual**, vol. 12, n. 22, 2016, p. 87-151. <https://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/view/43>, p. 89.



del denunciante, existe un interés privado de por medio que es el interés en un ejercicio legítimo de las libertades económicas.

3. LAS MODIFICACIONES AL DECRETO LEGISLATIVO N° 1256

El 9 de mayo de 2023, el Diario Oficial El Peruano publicó la Ley N° 31755 (en adelante, la “Ley”), mediante la cual se introdujeron modificaciones al Decreto Legislativo N° 1256. La referida ley tiene su origen en los textos sustitutorios de los Proyectos de Ley acumulados 500/2021-CR y 4185/2022-CR, presentados por las Bancadas de Avanza País y Acción Popular en octubre de 2022 y en febrero de 2023, respectivamente.

En esa línea, la Ley modificó el inciso 3 del artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1256 a fin de ampliar la definición de barreras burocráticas para comprender a aquellas que generan efectos indirectos en los administrados, además de los efectos directos. Con lo cual, la referida disposición normativa actualmente establece lo siguiente:

Artículo 3.- Definiciones

Para efectos de la presente ley, debe tenerse en cuenta las siguientes definiciones

(...)

*3. Barrera burocrática: exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro que imponga cualquier entidad, dirigido a condicionar, restringir u obstaculizar el acceso y/o permanencia de los agentes económicos en el mercado y/o que puedan afectar a administrados en la tramitación de procedimientos administrativos sujetos a las normas y/o principios que garantizan la simplificación administrativa. **Los efectos de la barrera burocrática sobre el administrado pueden ser directos o indirectos.** La sola calidad de exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro no implica necesariamente su carácter ilegal y/o su carencia de razonabilidad.*

(Énfasis agregado).

En las razones desarrolladas en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley 500/2021-CR para sustentar las modificatorias se menciona lo siguiente:

Por otro lado, cabe destacar que en ocasiones, diversos empresarios han intentado denunciar presuntas barreras burocráticas ilegales o irracionales ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), y; sin embargo, su denuncia fue declarada improcedente pues la Comisión estimó que la barrera denunciada no tenía efectos directos sobre el denunciante y, por tanto, este carecía de interés para obrar.



Lo anterior no se condice con la realidad, pues un agente económico (por ejemplo, un productor o distribuidor), tendrá interés legítimo en eliminar barreras burocráticas ilegales que restrinjan la venta de su producto (por ejemplo, en bodegas). Esta situación se dio en la Resolución 1-2021/INDECOPI-PIU del 6 de enero de 2021, donde se declaró la carencia de interés para obrar de una empresa productora sobre una restricción horaria para vender el producto en bodegas.

(...) existen diversos casos donde los agentes pueden tener interés para denunciar barreras que restrinjan su mercado en distintos niveles de verticalidad o incluso por regulación dirigida a diferentes sectores económicos.

Por lo cual, se determinó conveniente ampliar la definición de barreras burocráticas contenidas en el Decreto Legislativo N° 1256 a fin de otorgar herramientas a los agentes económicos para defender sus intereses frente a disposiciones normativas que limitan, incluso de manera indirecta, su acceso y/o permanencia en el mercado.

Hasta el momento de la modificación, la única forma de beneficiarse de un pronunciamiento favorable al denunciante en que se ordenase la inaplicabilidad general de una medida declarada barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad. Claramente, ello resultaría una materialización de la premisa según la cual, la sociedad en sí misma se beneficia por la eliminación de barreras impuestas de manera ilegítima al desempeño de actividades económicas por los particulares.

Esta modificación resulta de la más alta consideración por las razones que se expondrán en el presente trabajo. Sin perjuicio de ello, la principal consideración que se tiene respecto de estas modificaciones es que han ampliado la protección que puede ser dispensada a través del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas por parte de los agentes económicos y administrados.

4. LOS EFECTOS DIRECTOS E INDIRECTOS DE LAS DISPOSICIONES CONSTITUTIVAS DE BARRERAS BUROCRÁTICAS

La primera modificación de relevancia para el presente trabajo es la ampliación de la definición de barreras burocráticas para comprender a aquellas que perjudiquen indirectamente las libertades de acceso y permanencia en el mercado. Esta modificación amplía la legitimación para presentar denuncias ante la CEB, dado que, en adelante, diversos agentes económicos y administrados podrán someter a la competencia de dicha comisión aquellas medidas que restrinjan directamente a agentes económicos o administrados que participan en la cadena de producción, sea que se encuentren "aguas arriba" o "aguas abajo" y que, por tanto, impliquen igualmente un perjuicio para los primeros. Con lo cual, quien se encuentre en la situación descrita puede denunciar por derecho propio la imposición de las medidas en cuestión.



Pensemos en el caso del dueño de una obra que se sirve de un contratista que, a su vez, recurre a un tercer contratista para llevar a cabo una parte específica de la obra que, luego, se sirve de una tercera empresa para realizar trabajos de enchape que, finalmente, recurre a una cuarta empresa para seleccionar personal. Dado el caso en que el Estado proscriba la posibilidad de tercerizar las categorías de actividades involucradas en este esquema⁶, ¿el dueño de la obra podría denunciar la imposición de dichas medidas ante la CEB? A la luz de las nuevas modificaciones, sí cuenta con la legitimación para ello.

De esta manera, el nuevo alcance de la legitimación para denunciar no se asimila a una legitimación indirecta. El legislador comprende el funcionamiento de los mercados y, en aras de ampliar la capacidad de la CEB para erradicar las barreras burocráticas que restrinjan ilegal o irrazonablemente el acceso y la permanencia en el mercado, decide la denuncia que se presente en estos supuestos lo sea por derecho e interés propio.

De hecho, esta modificación encuentra sus antecedentes en diversas resoluciones del INDECOPI en que la cuestión de si era posible denunciar o no barreras burocráticas indirectamente perjudiciales fue relevante para el análisis del caso. Por ejemplo, en la Resolución N° 1556-2012/SC1-INDECOPI, la Primera Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de INDECOPI determinó que la imposición de una exigencia irrazonable a los consumidores de servicios de crédito ante empresas microfinancieras constituía una barrera burocrática para dichas empresas, aunque no fueran directas destinatarias de la medida cuestionada, debido a las repercusiones que esta implicaba. Esta resolución fue dictada en segunda instancia y revirtió el criterio adoptado por la CEB, que declaró improcedente de la denuncia.

En este caso, el denunciante, la Asociación de Instituciones de Microfinanzas del Perú – ASOMIF, cuestionó la imposición, por parte del Ministerio de Salud, de una exigencia a las personas residentes en el país de estar afiliado a algún régimen de aseguramiento en salud del país para poder obtener crédito por parte de alguna microfinanciera establecidas en el Perú. Ello se tradujo en que tales empresas debieran exigir a sus virtuales clientes acreditar dicha exigencia de manera previa al otorgamiento de crédito. Así, la Primera Sala indicó lo siguiente

Nótese que, de acuerdo con lo dispuesto en el marco legal vigente, el concepto de barrera burocrática no supone que la exigencia esté contenida en una disposición administrativa que expresamente reconozca al agente económico como sujeto obligado a su cumplimiento. Por el contrario, el elemento trascendente de la definición viene dado

⁶ El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo peruano no ha estado tan lejos de adoptar dichas medidas a través de las ilegales modificaciones introducidas por el Decreto Supremo N° 001-2022-TR del 23 de febrero de 2022 al Reglamento de la Ley N° 29245 y del Decreto Legislativo N° 1038, aprobado por el Decreto Supremo N° 006-2008-TR.



por los efectos perjudiciales que la disposición o acto administrativo produce sobre el empresario denunciante. Y este empresario se puede ver perjudicado, ya sea porque la exigencia administrativa cuestionada le es impuesta directamente a él como proveedor o porque le es impuesta a sus consumidores, generando como efecto indirecto una restricción a su demanda.

En efecto, (...) es evidente que los agentes económicos que participan en el mercado proveyendo bienes y servicios verán limitada su libertad de empresa (...) también cuando estos requisitos se exijan a los consumidores que componen la demanda, restringiendo con ello la capacidad que tienen de interactuar en el mercado y contratar los servicios o bienes ofrecidos por los empresarios.

(...)

El denunciante argumenta que a través de dicha imposición, las entidades del sistema financiero tendrán que solicitar a las personas residentes del país que soliciten un crédito que acrediten estar afiliados a alguno de los regímenes de aseguramiento universal en salud como requisito previo al desembolso de un préstamo. (...) si sucede el supuesto en que la referida persona no esté afiliada a un seguro universal de salud, se configurará un obstáculo (...) que las perjudicaba sustantivamente, toda vez que el objetivo de las empresas microfinancieras está conformado en su gran mayoría por las personas naturales y otros residentes en el territorio nacional que se encuentran en la informalidad y no pueden acceder a los servicios financieros otorgados por las empresas bancarias.

(...)

En consecuencia, debido a que la exigencia se encuentra contenida en una disposición (...), que ha sido impuesta por una entidad de la Administración Pública (el Ministerio) y que impone una condición que impacta en las empresas del sistema financiero que conforman la asociación denunciante, al restringirle la posibilidad de colocar créditos y exigirle determinadas comprobaciones para la celebración de sus contratos de préstamo con una persona residente del país, se concluye que lo cuestionado configura un supuesto de barrera burocrática en abstracto.

Adicionalmente, debe indicarse que (...) la obligatoriedad del cumplimiento de los deberes previstos en un dispositivo legal no depende necesariamente de que exista una consecuencia jurídica de tipo sancionadora.

Asimismo, debe reiterarse que el segundo párrafo del artículo 3 del decreto mencionado establece (...) una obligación para que las empresas del sistema financiero inmediatamente vayan adoptando las medidas necesarias de adecuación al nuevo marco legal.



De esta manera, la Primera Sala de Defensa de la Competencia reconoció como barrera burocrática para las empresas microfinancieras una medida impuesta directamente a los consumidores, dado que representaba una obligación para las primeras. Sin embargo, al momento de resolver, la barrera burocrática había sido derogada, provocando la sustracción de la materia. Nótese, finalmente, que esta resolución fue emitida antes del Decreto Legislativo N° 1256 y bajo la definición de barreras burocráticas contenida en el actualmente derogado artículo 2 de la Ley N° 28996, Ley de eliminación de sobrecostos, trabas y restricciones a la inversión privada⁷.

Materia distinta era la relación entre productores, comercializadores y distribuidores, en lo cual, el INDECOPI adoptó una actitud distinta. Por ejemplo, en la Resolución N° 0526-2021/SEL-INDECOPI emitida el 10 de agosto de 2021 en el caso de la denuncia de Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A. contra el Ministerio de Salud y la Municipalidad Distrital de Ate, la Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas confirmó la decisión de la CEB de declarar la improcedencia de la denuncia en el extremo dirigido a la Municipalidad Distrital de Ate, por la falta de legitimidad para obrar de la denunciante.

Las medidas denunciadas se materializaron en una ordenanza municipal que reguló la venta de bebidas alcohólicas que, si bien recaían sobre las empresas comercializadoras de estos productos, afectaban indirectamente a aquellas que participan en la elaboración de las bebidas:

En efecto, las medidas que son objeto de denuncia están orientadas específicamente a los establecimientos con acompañamiento de comida y establecimientos de esparcimiento nocturno (destinatarios de la regulación), en su calidad de agentes económicos que realizan la actividad de expendio de bebidas alcohólicas, mas no implican alguna restricción impuesta a las empresas que elaboran determinadas bebidas como la denunciante, por lo cual, en el supuesto de que se declarase la ilegalidad o carencia de razonabilidad y la consecuente inaplicación de las medidas, esta última no podría alcanzar a dicha administrada.

Como ha sido señalado en el acápite anterior, las barreras burocráticas a las que se refiere el Decreto Legislativo 1256 son aquellas exigencias, requisitos, limitaciones, prohibiciones y/o cobros impuestos por cualquier entidad administrativa que condicionen, restringir u obstaculizar el acceso y/o permanencia de los agentes económicos en el mercado.

⁷ Artículo 2 de la Ley N° 28996.- Definición de barreras burocráticas

“Constituyen barreras burocráticas los actos y disposiciones de las entidades de la Administración Pública que establecen exigencias, requisitos, prohibiciones y/o cobros para la realización de actividades económicas, que afectan los principios y normas de simplificación administrativa contenidos en la Ley N° 27444 y que limitan la competitividad empresarial en el mercado.”



Sin embargo, las medidas cuestionadas por la denunciante no regulan la actividad económica que realiza (elaboración de determinadas bebidas alcohólicas) ni afectan su permanencia en el mercado, considerando que tales medidas se encuentran orientadas específicamente a regular el expendio de bebidas alcohólicas.

Este ejemplo evidencia cómo la CEB solía abordar los casos en que el denunciante, afectado indirectamente por barreras burocráticas impuestas en otras secciones del proceso productivo, impugnaba la imposición de dichas medidas ante INDECOPI. Con las últimas modificaciones, supuestos como el descrito en la Resolución N° 0526-2021/SEL-INDECOPI podrán ser sometidos a la competencia de la CEB y aquellos agentes que se encuentren en la situación de la Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A. cuentan con la legitimación para denunciar medidas impuestas a otros eslabones de la cadena de producción.

Ahora bien, es válido cuestionar si esta posibilidad de denunciar una barrera burocrática indirectamente perjudicial comprende aquellos supuestos en que las medidas recaigan sobre relaciones distintas a las de la Administración Pública y los administrados o aquellas que se ubiquen en distintas partes de la cadena productiva en un determinado mercado ¿Podría implicar también a las regulaciones dictadas en materia laboral?

Esta pregunta se hace particularmente relevante a la luz de recientes pronunciamientos de la CEB dictados en casos en que se denuncian ciertas modificaciones introducidas a la regulación en materia de negociación colectiva y que han recibido decisiones desfavorables bajo el argumento de que las disposiciones en dicha materia regulan las relaciones laborales entre el empleador y sus empleados, sin tomar en cuenta que también afectan el proceso productivo y la permanencia en el mercado de las empresas.

5. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE LA MODIFICATORIA CON RELACIÓN A LOS EFECTOS INDIRECTOS DE LAS BARRERAS BUROCRÁTICAS: LA REGULACIÓN EN MATERIAL SINDICAL COMO OBJETO DE CONTROL POR PARTE DE LA CEB

El 24 de julio de 2022, se publicó en el Diario Oficial El Peruano el Decreto Supremo N° 014-2022-TR, Decreto Supremo que modifica el Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 011-92-TR (en adelante, “Decreto Supremo N° 014-2022-TR”), el cual introdujo diversas prohibiciones y exigencias en materia de negociación colectiva que repercutieron negativamente en las empresas. Esto provocó el inicio de diversos procedimientos administrativos de eliminación de barreras burocráticas en que se impugnaron dichas medidas y que han recibido pronunciamientos en primera instancia.



En el presente trabajo, no se entrará a detalle sobre la lista de medidas que fueron incorporadas a través de las modificaciones, ni se detallará cuáles fueron sometidas a la competencia de la CEB. Más bien, importa la decisión adoptada y sus fundamentos.

En los casos tramitados ante la CEB por esta materia, se ha identificado una tendencia de la comisión a declarar la improcedencia de ciertos extremos de las denuncias a razón de que las medidas impugnadas en el procedimiento administrativo regulan las relaciones entre empleadores y trabajadores que forman parte de una organización sindical, siendo que tales medidas no tienen como finalidad regular una actividad económica o un trámite con relación a un grupo de agentes económicos determinado, en la línea del criterio expuestos en la Resolución N° 0507-2022/CEB-INDECOPI.

Por su parte, otros extremos de estas denuncias también reciben pronunciamientos de improcedencia en la medida en que recaen sobre la organización sindical y afectan sólo indirectamente a las empresas, acorde a lo desarrollado en la Resolución N° 0507-2022/CEB-INDECOPI. En la mayoría de los casos sólo dos (2) o tres (3) de las medidas denunciadas logran superar el filtro de procedencia, de las cuales sólo una (1) es declarada finalmente como barrera burocrática ilegal.

El siguiente fragmento de la Resolución N° 0507-2022/CEB-INDECOPI, emitida el 21 de octubre de 2022 en el caso de La Positiva contra el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (en adelante, "MTPE") en que participó en calidad de tercero administrado la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (en adelante, "SUNAFIL"), ilustra el párrafo anterior

De la revisión del numeral del artículo 65 del Reglamento, modificado por el Decreto Supremo N° 14-2022-TR, se advierte que la obligación de comunicar a la autoridad administrativa de trabajo la realización de una huelga, entre otros aspectos adicionales, recae sobre la organización sindical de una empresa y no sobre el empleador.

En consecuencia, esta Comisión advierte que, si bien las denunciantes señalaron que «tendría interés en la calificación con silencio positivo del mencionado procedimiento administrativo debido a que les afecta su permanencia en el mercado, en la medida que la autoridad traslada a las empresas el costo por no atender la solicitud de los administrados en el plazo establecido», dicho argumento no resulta suficiente para acreditar que, la regulación se encuentra dirigida a ellas, en calidad de empleadores.

Al respecto, debemos tener en cuenta que en los procedimientos de eliminación de barreras burocráticas en los cuales la medida es cuestionada en abstracto, resulta importante que el denunciante acredite la factibilidad de que, en el algún momento o potencialmente, la misma le podría ser impuesta y de ahí que, con posterioridad, la Comisión pueda ordenar -precisamente- su inaplicación (de ser ilegal o carente de razonabilidad). Por ello, en este caso particular, no resulta suficiente la única alegación de que la medida



le afecta en su actividad económica (de forma indirecta), puesto que la aplicabilidad de la medida se circunscribe a las organizaciones sindicales de una empresa.

Este mismo caso fue el primero en recibir un pronunciamiento final en primera instancia. En este caso, de las once (11) medidas denunciadas por La Positiva, solo tres (3) fueron admitidas a trámite y sólo una (1) de ellas fue declarada barrera burocrática ilegal, específicamente aquella referida a la prohibición de mantener activos los procesos productivos de la empresa cuando surja una huelga. El criterio utilizado por la CEB para declarar la fundabilidad de este último extremo es que, en el análisis de legalidad de fondo – competencias, el MTPE excedió sus competencias al disponer tal medida que invade la libertad empresarial. De otro lado, la CEB no ha encontrado ilegalidad o irrazonabilidad alguna en las otras medidas cuya denuncia resultó procedente, pero infundada.

Sin embargo, aun cuando resulten prósperas las denuncias en este último extremo, queda una larga lista de medidas perjudiciales introducidas a la regulación de las relaciones colectivas de trabajo frente a las cuales diversas empresas quedan desprovistas de protección.

De esta manera, traemos de nuevo a colación la pregunta antes planteada ¿será posible a partir de ahora denunciar como barreras burocráticas aquellas medidas introducidas en materia laboral? La respuesta debe ser afirmativa. Aunque finalmente no se encuentren atisbos que permitan afirmar la ilegalidad o carencia de razonabilidad de las disposiciones cuestionadas ante la CEB, esta no podrá declarar la improcedencia de las denuncias que se interpongan en contra de medidas que, al regular las relaciones laborales, implican una restricción o afectación (aunque sea) *indirecta* de la libertad empresarial y la libre iniciativa privada.

La razón para ello es que, contrariamente a lo razonado por el órgano administrativo, una invasión o limitación de la libertad empresarial puede provenir de cualquier frente y el Estado puede poner en riesgo la permanencia en el mercado de las empresas a través de diversos medios. Las normas dictadas en materia laboral, aunque únicamente estén dirigidas a regular las relaciones entre el empleador y los empleados (o, específicamente, aquellos que pertenecen a organizaciones sindicales) o a la organización de los sindicatos en general, pueden significar un perjuicio para los empleadores, siempre que estos deban sufrir ciertas repercusiones o implementar determinadas políticas para resguardar su sometimiento al marco legal, como sucedió en el caso de las empresas de microfinanzas.

6. CONCLUSIONES

En conclusión, a pesar de que las denuncias en contra de medidas perjudiciales en la regulación de las relaciones laborales pueden tener éxito, aún existen numerosas medidas que perjudican a las empresas y las dejan desprotegidas. Se plantea la



posibilidad de denunciar estas medidas como barreras burocráticas en el ámbito laboral, y la respuesta es afirmativa.

Aunque no se pueda demostrar la ilegalidad o falta de razonabilidad de estas disposiciones ante el órgano administrativo correspondiente, se argumenta que las denuncias no deben ser declaradas improcedentes, ya que las medidas laborales pueden restringir o afectar indirectamente la libertad empresarial y la iniciativa privada. Se sostiene que el Estado puede poner en peligro la permanencia de las empresas en el mercado a través de diferentes medios, y que las normas laborales, aunque se enfoquen en regular las relaciones entre empleadores y empleados o la organización sindical, pueden perjudicar a los empleadores al exigirles ciertas repercusiones o políticas para cumplir con el marco legal.

Ahora bien, sin perjuicio del criterio que desarrollará la CEB para la aplicación del nuevo texto legal en el futuro próximo, es posible extraer una serie de aspectos que se deben evaluar en los casos en que se denuncien barreras burocráticas que afecten indirectamente a los agentes económicos:

- La discusión de si una medida denunciada como barreras burocráticas tiene repercusiones directas o indirectas para los agentes económicos recae en el análisis de procedencia de la denuncia. Por lo tanto, una decisión favorable con relación a la procedencia de una denuncia no garantiza su carácter fundado.
- La cuestión descrita corresponderá a la legitimación del denunciante. No es un caso excepcional a la manera de una legitimación extraordinaria. La denuncia se interpone por derecho propio.
- En la línea de lo anterior, y considerando la particularidad de la naturaleza y contenido del concepto de "legitimación", la manera de acreditar el cumplimiento de este requisito es (o debiera ser) la alegación de que la medida denunciada implica una afectación indirecta en la permanencia en el mercado de la empresa denunciante, ya sea porque recae sobre un determinado sector de la cadena de producción, porque recae sobre un sujeto con quien guarda relación (caso de los productores, distribuidores y comercializadores) o porque regula un sector o materia que repercute en la organización y continuidad de la actividad empresarial (caso de la regulación en materia laboral).
- En todos los casos, será esencial determinar que la medida denunciada implica que la denunciante, en calidad de agente económico, deba recurrir a la toma de ciertas decisiones o la reorganización de su proceso productivo para poder adaptarse a las medidas impuestas directamente a otro, o que deba sufrir un perjuicio económico en consecuencia de la imposición de las barreras burocráticas.



Finalmente, quedará pendiente cómo serán resueltos casos similares a los de La Positiva en el futuro en aras de evaluar si la CEB comprende la intención del legislador a través de las modificaciones efectuadas al Decreto Legislativo N° 1256.

7. REFERENCIAS

ALEJOS, Óscar. SUÁREZ, Alejandra. Las barreras del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas para acceder al mercado. Una revisión del modelo de control administrativo, **Revista Digital de derecho Administrativo**, Bogotá, n. 28, p. 201–222, 2018. <https://doi.org/10.18601/21452946.n28.07>.

LINDLEY-RUSSO, Alfredo. Cargas o efectos de las modalidades de cada tipo de procedimiento, y medidas correctivas, en el mecanismo peruano de eliminación de barreras burocráticas y simplificación administrativa". **Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual**, vol. 12, n. 22, 2016, p. 87-151. <https://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/view/43>.

PERÚ. Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas. **Resolución N° 0507-2022/CEB-INDECOPI**. Lima, 21 de octubre de 2022.

PERÚ. Congreso de la República. **Ley N° 28996, Ley de Eliminación de sobrecostos, trabas y restricciones a la inversión privada**. 2007

PERÚ. Congreso de la República. **Ley N° 30056, Ley que modifica diversas leyes para facilitar la inversión, impulsar el desarrollo productivo y el crecimiento empresarial**. 2013.

PERÚ. Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. **Decreto Supremo N° 001-2022-TR, que modifica el Reglamento de la Ley N° 29245 y del Decreto Legislativo N° 1038, aprobado por el Decreto Supremo N° 006-2008-TR**. Diario Oficial El Peruano N° 16484. 2022.

PERÚ. Ministerio del Trabajo y Promoción del Empleo. **Decreto Supremo N° 014-2022-TR, que modifica el Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 011-92-TR**. Diario Oficial El Peruano N° 16725. 2022.

PERÚ. Poder Ejecutivo de la República. **Decreto Legislativo N° 1212 que refuerza las facultades sobre eliminación de barreras burocráticas para el fomento de la competitividad**. Diario Oficial El Peruano N° 13405. 2021.

PERÚ. Poder Ejecutivo de la República. **Decreto Legislativo N° 1256 que aprueba la de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas**. Diario Oficial El Peruano N° 13890. 2017.

TUDELA GUTIÉRREZ Adriana. **Exposición de Motivos del Proyecto de Ley N° 500/2021-CR**. Lima, 20 de octubre de 2021.